

Zur Lehre

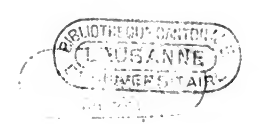
von den Sachbeschädigungen

nach römischem Rechte.

Von

Dr. Alfred Pernice.
Privatdocenten an der Universität Halle.

Weimar
Hermann Böhlau
1867.


BIBLIOTHEQUE CANTONALE
LAUSANNE
UNIVERSITAIRE

Herrn

Professor Ernst Immanuel Bekker

in dankbarer Verehrung

zugeeignet.

Vorbemerkung.

Die gegenwärtige Schrift soll nur die Grundlage bilden zu einer dogmengeschichtlichen Entwickelung der heutigen Schadensklage. Diese knüpft in bewuster Weise an die lex Aquilia an. Es war daher ein Zurückgehen auf die letztere geboten, um die Gegensätze in den römischen und modernen Principien zur Anschauung zu bringen. Monographien über denselben Gegenstand gibt es mehrere von sehr ungleichem Werthe. Die Abhandlung von Franciscus Balduin de lege Aq. bei Heineccius, Jurisprudentia Romana et Attica 1, Sp. 239 ff. hat im Grunde nur dogmengeschichtliches Interesse. Das Hauptwerk bleibt immer noch Joseph Suarez de Mendoza, commentarius ad legem Aquiliam in Meermans thesaurus 2, S. 1 ff., eine wahre Fundgrube von Material, freilich etwas breitspurig und mit gelehrten Excursen überladen. Fein und, wie sich von selbst versteht, elegant geschrieben, aber bei weitem nicht so reichhaltig ist Gerhard Noodt ad legem Aq. liber singularis, den ich nach der Ausgabe

der opera omnia Cöln 1763. 1, 119 ff. citiere. Ihn beutet und schreibt vielfach in wahrhaft naiver Weise aus J. W. E. Römer, Canonicus zu Utrecht, diss. de lege Aq. Traiecti ad Rh. 1806. 61 S. 8°. Die Dissertationen von Karl Vollgraff, de lege Aq. Marburg 1820. 44 S. 8° und Tjeerd Cannegieter, de lege Aq. Gröningen 1821. 57 S. 8° sind außerordentlich unbedeutend. Das eben erschienene Buch von Lueder, die Vermögensbeschädigung, Leipzig 1867, behandelt ausschließlich die kriminalistische Seite der Lehre. Auf das römische Recht, das eine Besprechung auch civilrechtlich erheblicher Fragen nahe gelegt hätte, wird grundsätzlich nicht eingegangen (S. 2).

Inhalt.

Seite

Einleitung.

Erstes Capitel. Allgemeine Begriffe des Rechtes aus der lex Aquilia.

Zweites Capitel. Charakter und geschichtliche Entwickelung der Aquilischen Klage.

Drittes Capitel. Durchführung der Aquilischen Klage.

Einleitung.

I.

Das Zwölftafelgesetz enthielt Bestimmungen über verschiedenartige einzelne Fälle von Sachbeschädigung: über das Abhauen von Bäumen, das Anzünden von Gebäuden oder Getreideschobern, das Abweiden fremder Felder, über Beschädigungen durch Hausthiere. Doch findet sich nirgends ein zusammenhängender Satz, der ein allgemeines Princip aufstellte. Ulpian berichtet nun aber ausdrücklich [1]), die lex Aquilia habe alle früheren, gleichartigen Gesetze, namentlich auch die Vorschriften der 12 Tafeln aufgehoben. Die eben aufgeführten Sanctionen der letzteren sind indes auch nach dem Aquilischen Gesetze in Wirksamkeit geblieben: auf sie kann sich demnach Ulpians Aeußerung nicht beziehen. Um die hier fühlbare Lücke auszufüllen, hat man zwei von Festus aus den 12 Tafeln überlieferte Wörter herangezogen: rupitias und sarcito.

1) Rupitias, sagt Festus [2]), in XII. significat damnum dederit. Rupitias ist jedesfalls ein Hauptwort, mit

---

[1]) fr. 1. §. 1. ad leg. Aq. 9, 2.

[2]) p. 265, 3 Müller. Paulus sagt: rupitia damnum dederit significat.

rumpere stammverwandt. Die Substantivbildung ist jedoch ganz eigenthümlich und etymologisch nicht zu rechtfertigen. Man hat sie durch die Analogie von infitiae und saevitia stützen wollen [3]). Allein das erste Beispiel ist ganz unpassend, da ja hier der Stamm nur durch Anhängung von -ia weitergebildet ist, wie in militia, suppetia, exsequiae u. a.; das zweite trifft auch nicht zu, weil die auf -itia oder -ities auslautenden Substantiva sämmtlich Denominativa sind. Schon die Kürze des Vocals in der Antepenultima widerspricht der Ableitung vom Verbum. Dazu kömmt, daß die Erklärung des Festus gar nicht dem Worte entspricht, sondern nothwendig eine Verbalform zur Erklärung voraussetzt. Hiernach wird man doch wohl eine Verderbnis des Textes annehmen müssen. Es steht nun nach neueren Vergleichungen fest [4]), daß das in vor XII. in der Handschrift fehlt, und will man daher, wozu gar kein Grund vorliegt, nicht das Dasein einer Lücke behaupten, so muß man die Präposition am Ende des Wortes rupitias suchen. Darauf hin hat Mommsen [5]) rupit in XII., Schöll [6]), wie schon Scaliger, rupsit in XII. vorgeschlagen. Dirksen hat freilich gegen die letzte Conjectur eingewandt [7]), die Form rupsit sei Festus schwerlich obsolet und erklärungsbedürftig erschienen. Allein ähnliche Bildungen werden auch sonst erläutert [8]).

Hiernach ist es jedesfalls unzuläſſig, das hier erklärte Wort mit sarcito in unmittelbarste Verbindung zu bringen, etwa: rupitias qui iniuria faxit . . . sarcito [9]). Dagegen

---

[3]) Huschke, Gaius 106.

[4]) Mommsen, Rhein. Museum f. Philologie N. F. 15, 464 **)

[5]) a. a. O. 464 f.

[6]) Schöll, legis XII. tabularum reliquiae 96 f.

[7]) XII Tafelfragmente 530.

[8]) Paulus p. 107, 20 incensit, incepsit.

[9]) So Huschke Gaius 106, dem sich Rudorff, R.Gesch. 1, 98 n. 1 anschließt.

erscheint es eben so unrichtig, die ganze Glosse auf den Satz der 12 Tafeln zu beziehen: si membrum rupit ni cum eo pacit talio esto[10]). Dann hätte die Erklärung ganz anders lauten müssen. Membrum und rupit gehören hier aufs genaueste zusammen und letzteres bezeichnet nicht damnum dederit. Vielmehr beweist das gleich folgende si os fregit, daß es sich um feste Bußsätze für bestimmte Körperverletzungen handelt. Die Behauptung aber, jene Erklärung habe die spätere interpretative Ausdehnung des rumpere auf alle Beschädigungen im Auge und habe diese weitere Bedeutung des Wortes schon den 12 Tafeln beigelegt, ist nicht zutreffend[11]). Denn eine solche Ausdehnung hat gar nicht stattgefunden[12]). Deshalb wird man dabei stehen bleiben müssen, daß die nächste Verwandtschaft mit diesem allgemeinen rumpere im rumpere der lex Aquilia zu suchen, und mithin das Wort auf eine der Bestimmungen zu beziehen ist, welche nach Ulpians Zeugnisse die 12 Tafeln über Sachbeschädigungen enthielten[13]).

2) Es ist durchaus kein innerer Grund vorhanden, mit dem eben besprochenen das Wort sarcito bei Festus in irgend welche Beziehung zu setzen. Sarcito in XII. S. Sulpicius ait significare damnum solvito praestato[14]). Hiernach spricht also das eine Wort von der Anrichtung, das andere von dem

[10]) Mommsen a. a. O. Schöll 97.

[11]) Schöll c., der das injuriöse rumpere und das der l. A. völlig durcheinander wirft.

[12]) vgl. Huschke, Gaius 130 ff. bes. 134.

[13]) Soll man noch eine weitere Vermuthung wagen, so könnte man aus der Zusammenstellung von membrum rumpere und os frangere bei den Injurien einerseits, andererseits aus dem frangere und rumpere des dritten Capitels der Aquilia, wo die Interpreten sich mit den Synonymen nicht recht abzufinden wusten, eine gleiche Verbindung bei den Sachbeschädigungen folgern.

[14]) p. 322, 14.

Ersatze eines damnum. Das ist aber offenbar nicht zwingend für die Annahme eines nothwendigen Zusammenhanges, wie ihn alle bisherigen Restitutoren des Zwölftafelgesetzes behaupteten [15]). Im Gegentheile scheint die Verbindung von sarcito mit fr. 9 Gai. ad XII. tab. de incend. 47, 9 viel näher zu liegen. Hier wird noxiam sarcire iubetur als Inhalt einer Zwölftafelbestimmung angegeben. Und die Art und Weise des Ausdrucks scheint mehr auf Worte des Gesetzes selbst als des Gaius hinzuweisen [16]). Allein es ist unwahrscheinlich, daß ein so gewöhnlicher Begriff wie der des Schadensersatzes in den 12 Tafeln nur einmal vorkommen sollte. Bei den einfachen Sachbeschädigungen muste er sogar vorkommen. Dennoch bleibt es rein willkürlich, das Wort sarcito mit jenem rupit zusammen als Grundlage der ganzen Lehre zu behandeln. Richtiger ist es gewis, durch Vergleichung der analogen Fälle statt durch Interpretation jener beiden Wörter die etwanigen Bestimmungen vermuthungsweise zu erkennen.

Sarcire bezeichnet nach Sulpicius Rufus für den Schaden einstehen, aufkommen, d. h. also jede Art den Schaden wieder gut zu machen. Doch aber möchte das solvere damnum bestimmter auf den Ersatz des Schadens durch Gewährung einer Geldentschädigung gehen. Und das ist mit den sonstigen Vorschriften der 12 Tafeln auch durchaus im Einklange: der durch Thiere angerichtete Schaden wird mit Geld ersetzt (aestimatio noxiae) [17]); wenn ein impubes fremdes Getreide nachts abweiden läßt oder schneidet, iubebant noxiam duplione decerni, d. h. der doppelte Werth des Getreides soll ersetzt werden [18]). Das Gesetz kannte demnach den Gelderſatz für

[15]) vgl. Dirksen XII Tafeln 529. 531.
[16]) So auch Hugo, R.Gesch. (1830) S. 304. 306, 10. Schöll 144, 9.
[17]) 8, 6 (Dirksen) fr. 1. si quadr. 9, 1.
[18]) 8, 9 Plin. H. N. 18, 3 § 12.

Fälle von Sachbeschädigung, die später die nächsten Berührungen mit dem Aq. Gesetze haben[19]). Es ist daher an sich nicht wohl denkbar, daß es sich bei der Festsetzung über Sachbeschädigungen im engern Sinne auf einen durchaus verschiedenen Standpunkt gestellt haben sollte. Doch aber hat man behauptet[20]), die Tafeln forderten als Ersatz für die beschädigte Sache die Leistung einer gleichartigen und gleichwerthen. Diese Meinung beruht offenbar auf der engen Verbindung der eben besprochenen beiden Wörter. Diese indes selbst zugegeben ist noch nichts erwiesen. Im eigentlichsten Sinne bezeichnet sarcire ausflicken, daher sartor und sarcinator, oder, etwas weiter gefaßt, ausbessern[21]). In diesem Sinne kömmt es als etwas, das zum reficere eines Hauses gehört, bei den Juristen vor[22]); auch in metaphorischer, aber untechnischer Anwendung findet sich das Wort im Corpus Juris. Damnum sarcire insbesondere bedeutet bei nichtjuristischen Schriftstellern mehrfach: die Beschädigung einer Sache durch Wiederherstellung derselben aufheben, und dies würde dem hier geforderten Sinne am nächsten kommen. Dem juristischen Sprachgebrauche späterer Zeit, soweit von einem solchen überhaupt die Rede sein kann[23]), entspricht dies jedoch

[19]) vgl. pr. si quadr. 4, 9. Theophilus eod. fr. 5 § 2 ht.

[20]) Rudorff zu Puchta, Inst. 3, 122. Z. R.Gesch. 1, 98 n. 1. 2, 359. vgl. Huschke, Gaius 111. 120. Bethmann-Hollweg Civilproceß 1, 173.

[21]) Paul. Diac. s. v. sarte p. 323: etenim sarcire est integrum facere.

[22]) Ulpian. fr. 1 § 6 de riv. 43, 21: verbo reficere tegere, substruere, sarcire, aedificare .... continentur; ebenso fr. 7 § 3 de iure del. 28, 8: ex aliis quoque caussis permittere eum oportet, ut aedificia sarciantur.

[23]) Denn meist ist auch diese Redensart untechnisch und bezeichnet nur: den Schaden wieder gut machen. So Ulpian. fr. 7 § 1 de dom. inf. 39, 2. cum ceterae actiones ad damna quae contigerunt sarcienda pertineant, ut in legis Aq. et aliis. fr. 6 § 5 de aq. et aq. pl. 39, 3: officium autem judicis hoc erit, ut ... eum (vicinum) iubeat resti-

nicht, und in den XII Tafel-Fragmenten findet sich nicht der geringste Anhalt dafür, daß das Wort erst später seine übertragene Bedeutung hat.

Zur Unterstützung der hier bekämpften Meinung beruft man sich auf Paulus R. S. 1, 12 § 2:

> Ex his qui ancillam corrupit alienam, aliam reformare cogendus est.

Die Anfangsworte sind unzweifelhaft verdorben, und Rudorff hat deshalb vorgeschlagen, ex XII. zu lesen, wie denn die gleiche Emendation bei Cicero de legg. 1 § 55 jetzt allgemein anerkannt ist. Dadurch würde freilich seine Ansicht erwiesen. — Allein nur vier Handschriften enthalten jenen Satz überhaupt, eine davon bezeichnet ihn als Interpretation [24]). Und als solche muß er denn auch sicherlich angesehen werden [25]). Einmal steht die Bestimmung unter ganz fremdartigen Rechtssätzen und paßt jedesfalls nicht unter die Ueberschrift: de omnibus iudiciis. Ferner: das Wort reformare ist bei den nichtjuristischen römischen Schriftstellern in der Bedeutung von ersetzen ganz ohne Beispiel. Der Codex Theodosianus kennt diesen Sprachgebrauch allerdings. Man kann deutlich verfolgen, wie das Wort zunächst gleichbedeutend mit restituere behandelt und bald für Wiederherstellung, bald für Wiedererstattung gebraucht wurde. Die Verschmelzung dieser beiden Bedeutungen, die hier wie bei restituere stattfand, brachte dann die dritte zu Wege: Ersatz [26]). Dabei bleibt es

---

tuere (scil. statum pristinum) damnumque sarcire, vgl. fr. 15 § 34 eod. fr. 11 pr. ad SC. Treb. 36, 1) und Paulus R. S. 2, 18. 2; 5, 20. 6; 3, 1.

[24]) vgl. Hänel zur lex Wisigothorum p. 348.

[25]) Huschke, Jurispr. anteiust. ad h. l.

[26]) vgl. c. 15 de pist. 14, 3 (377), c. 3 de scen. 15, 7 (376), c. un. de patr. q. fil. 3, 3 (391), c. 2 ne op. a conl. 11, 10 (370), c. 14 de op. publ. 15, 1 (365), c. 47 eod. (409), c. un. de R. V. 2, 23 (423), c. 31 de per. publ. 15, 1 (394), c. 9 de desert. 7, 18 (396).

natürlich ganz unbestimmt, wofür und womit Ersatz geleistet wurde. Ist aber diese Entwickelung zu verfolgen, so muß es sehr bedenklich erscheinen, den entwickelten Wortsinn in eine frühere Zeit zurück zu übertragen. In demselben Sinne findet sich das Wort hie und da in den deutschen Volksrechten [27]), vor allem aber ist es der westgothischen Interpretation des Paulus geläufig [28]). Endlich aber widerspricht der Rechtssatz nach zwei Seiten dem sonstigen Rechte. Einmal nämlich ist das an einer fremden Sklavin begangene Stuprum nach späterem römischem Rechte nicht strafbar; Civilentschädigung kann nur gefordert werden, wenn die Sklavin werthloser geworden ist [29]). Das Princip der 12 Tafeln würde also ganz aufgegeben sein. Sodann kennt das römische Recht sonst eben so wenig wie das deutsche [30]) den Ersatz in der behaupteten Art. Vielmehr lassen beide den Schaden mit einer erst gesetzlich festbestimmten, dann durch Aestimation festzustellenden Geldsumme büßen. Dagegen haben die romanischen Gesetzbücher jene Art des Ersatzes in der lex Aquilia zu finden gemeint. Die westgothische Interpretation zu Paulus R. S. 1, 13ᵃ § 6 sagt:

Hae duae [die Deterioration eines Sklaven und das

---

[27]) l. Rib. 66 § 1: Quodsi verbis non dixerit omnem repetitionem cum legis beneficio studeat reformare. l. Burg. 29, 1 (M. L. 3, 545), 41, 1. p. 545: . . . si quid concrematum ex ea fuerit, ab eo qui focum fecerit reformetur. 49, 2 p. 553: verum si animalia (pignorata) clusura redacta — qualibet postmodum occasione perierint, omnia ab eo, qui ea tacens retinuerit, reformentur. 77, 13. p. 565.

[28]) vgl. die Interpretation zu Paulus R. S. 1, 4 § 3; 7 § 2 § 4; 4, 3 § 1; 5, 6 § 1; 8 § 4.

[29]) Paulus R. S. 2, 26 § 16: Ancillarum sane stuprum nisi deteriores fiant . . . citra noxam habetur. vgl. Ulp. fr. 25 de iniur. 47, 10. Paul. R. S. 1, 13ᵃ § 6, fr. 6 pr. ad l. Jul. de adult. 48, 5. fr. 38 § 3 de poen. 48, 19.

[30]) vgl. l. Baiuw. 8, 13: si cum ancilla virgine concubuerit cum IV solidis componat. vgl. 14, 5.

> Stuprum an einer ancilla immatura] secundum legem Aquiliam similem poenam habent, ut cum his quos animo vel corpore corruperunt alia similia mancipia huius modi praesumtores exsolvant;

ferner lex Rom. Burg. 19 § 2:

> Quod si ancillam corruperit illata violentia quicunque ingenuus hoc fecisse dicatur iuxta poenam legis Aquiliae alterius mancipii restitutione teneatur obnoxius,

während die lex Gundoboda 30, 1 eine Geldbuße von 30 Solidi vorschreibt.

Es trifft sonach Alles zusammen, um Rudorffs Conjectur zu widerlegen[31]) und die ganze Stelle beweisunfähig zu machen.

Eher würde man dafür, daß den Römern überhaupt ein solcher Ersatz durch Lieferung gleichwerther Sachen bekannt war, sich auf Cato de R. R. 144, 2 berufen können:

> Scalae ita uti datae erunt ita reddito (redemptor), nisi quae vetustate fractae erunt: si non erunt reddet aequas aut [boni viri] arbitratu deducetur.

d. h. also, wenn der Redemptor die ihm vom Herrn für die Oellese gelieferten guten Leitern zerbricht oder verdirbt, soll er gleich gute wiedergeben oder er soll einen billigen Abzug am Lohne erleiden[32]). Schwerlich aber kann man hieraus etwas für unsern Fall folgern. Abgesehen davon, daß die entsprechende Clausel c. 146, 3 nur lautet: si non reddet (vasa, torcula etc.) aequum solvito, wird man Contractsabreden nicht für geeignet halten dürfen, Rechtsregeln daraus abzuleiten. Die Clausel gerade so zu fassen, konnten verschie-

[31]) Huschke ad hl. will für ex his lesen exsilio und das Wort zum vorhergehenden Paragraphen ziehen.

[32]) Bekker, Zeitschr. f. R.Gesch. 3, 443.

dene Gründe bestimmen, z. B. die Schwierigkeit sich derglei-chen Werkzeuge auf dem Lande zu verschaffen. Gewis ist, daß Utilitätsrücksichten manigfachster Art bei Feststellung der Formeln sich geltend machten[33]).

Allein auch noch andere Gründe machen die Annahme Rudorffs und Huschkes im Einzelnen unwahrscheinlich. Die Privatklage wegen Sachbeschädigungen war jedesfalls wie die aus den Injurien, aus dem furtum u. s. w. eine wahre legis actio. Meint man nun, die XII Tafeln hätten „Naturalersatz" der Beschädigung[34]) vorgeschrieben, so muste die Condemnation nothwendig auf Wiederherstellung der zerstörten Sache gehen. Das wäre aber nicht bloß eine Unzuträglichkeit, sondern geradezu eine Unmöglichkeit. Man kann sich entsprechend dem Erkenntnisse in Injurienprocessen das Urtheil hier nicht anders vorstellen[35]), als dahin lautend, daß Kläger berechtigt sei, von Beklagtem eine Wiederherstellung des Schadens zu fordern. Wie sich dies nun im Einzelnen gestaltete, ist gar nicht zu übersehen: ob der Beklagte etwa den Sklaven, dem er den Arm zerschlagen, erhielt und einen gleichwerthen dafür dem Kläger mancipierte; ob er für ein gelähmtes krankes Pferd ebenfalls ein krankes leisten muste. Huschke verweist, um ein solches Verhältnis anschaulich zu machen, überall auf die Analogie der Injurien. Das scheint mir indes nicht

[33]) Bekker a. a. O. 433. — Selbstverständlich ist c. 9 C. Th. de desert. 7, 18 für unsere Frage ohne Bedeutung: siquis noluerit moderationi praesentis obedire praecepti haec in eum poena imponatur ut et qui occultatus fuerit eruatur, et latebrae auctor pro uno desertore . . . . vel duos iuniores militaris roboris ac staturae cogatur fisco . . . . inferre.

[34]) Huschke 111. — Er braucht mehrfach den Ausdruck „Brüchte" für „rupitiae" (z. B. 104), und Müller Inst. 402 schließt sich an. Brüchte bedeutet aber multa, nicht vulnus. vgl. zum Ueberflusse Grimm WB. 2, 411. 414.

[35]) Huschke a. a. O.

zutreffend: die Injurien werden in den XII Tafeln lediglich als Vergehen gegen die Person aufgefaßt und geahndet; die civilrechtliche Seite, der Anspruch auf Arztgebüren, Versäumnisersatz u. s. w. kömmt gar nicht in Betracht. Gerade um den civilen Ersatz aber handelt es sich in unserm Falle, während die strafrechtlichen Beziehungen uns unbekannt sind. Es kann daher vom Talionssysteme der Injurien kein Schluß auf die Sachbeschädigungen gemacht werden. Und wollte man dies, so darf man bei den Injurien die Worte si pacit nicht übersehen. Was bei drohendem Körperschaden ganz in der Ordnung war, daß ein Vergleich zu Stande kam, ist es in unserm Falle nicht ebenso. Die Einigung wird sich hier sehr häufig am Kläger zerschlagen, dem nicht genug geschehen kann. Und doch soll schließlich das Aestimationsverfahren auf seinen Antrag stattfinden und er soll manus iniectio erhalten. Diesem Allem aber liegt nicht wie bei der iniuria atrox der natürliche Drang nach Rache zu Grunde, sondern ein ohnehin leicht durch Chikane auszubeutender Civilanspruch.

Hienach scheint mir — wenn überhaupt eine Vermuthung gewagt werden soll — das praktische Bedürfnis vielmehr einen ganz anderen Weg vorzuzeichnen und dieser von den Römern betreten zu sein. Wie bei arbores caesae und den Injurien mögen wohl auch hier für die hauptsächlichsten Sachbeschädigungen bestimmte Geldsummen festgesetzt sein, ähnlich den Bußsätzen des deutschen Rechtes. Die manus iniectio aus der lex Aquilia und die Proceßstrafe der Litiscrescenz lassen auch in späterer Zeit noch die Tendenz erkennen, dem Verletzten möglichst schnelle, nicht bloß möglichst vollständige Abhilfe zu gewähren. Der spätere Uebergang von festen Sätzen zur Aestimation in jedem einzelnen Falle würde dann hier durch ein Gesetz vermittelt sein, die lex Aquilia oder ein früheres, während bei Injurien und arbores caesae der Prätor eingriff.

II.

I. Den XII Tafeln folgten einige andere Gesetze über Sachbeschädigungen, deren Inhalt und Richtung uns indes gänzlich unbekannt sind. Sie wurden beseitigt durch das Aquilische Gesetz. Dasselbe enthält in seinem ersten und dritten Capitel Bestimmungen, auf welche sich die spätere prätorische Rechtsbildung und die Jurisprudenz in dieser Lehre gestützt hat. Das zweite Capitel, so bestritten auch sonst der Sinn seiner Worte sein mag, betrifft nicht die Sachbeschädigungen, es kann also hier ganz bei Seite gelassen werden. Die Bestimmungen der beiden andern Capitel überliefern uns Gaius [libr. VII. ad ed. provinc.] nach der Florentina mit folgenden Worten:

> Lege Aquilia capite primo cavetur, ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anni plurimi fuerit tantum aes domino dare damnas esto [fr. 2 pr. h. t.]

und Ulpian. l. XVIII. ad ed.:

> Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos siquis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus XXX proximis, tantum aes domino dare damnas esto. [fr. 27 § 5 h. t.]

Es ist wahrscheinlich, daß uns hier der Wortlaut des Gesetzes mitgetheilt wird, wenn auch nicht der ganze Tenor desselben. (Denn zweifellos enthielt das Gesetz noch Bestimmungen über Noxalität, Litiscrescenz, Multa u. a.) In den Institutionen gibt Gaius andere Constructionen; es wiederholen sich aber auch hier charakteristische Wendungen, welche jene Annahme bestätigen. Um so nothwendiger ist es, den Text des Gesetzesbruchstückes, was wir haben, möglichst genau festzustellen.

1. Ut qui. Durch ut wird der Satz in Abhängigkeit von cavetur gebracht; die Construction geht dabei aber vollkommen verloren: ut verlangt sit, nicht den offenbar aus dem Gesetze stammenden Imperativ. Unzweifelhaft liegt also ein Schreibfehler vor. Ob man nun das ut einfach wegstreichen [1]) oder siquis für ut qui schreiben soll, wie Mommsen vorschlägt, darüber könnte man zweifeln. Ersteres ist einfacher, entspricht dem Tone der Gesetze und erklärt die Einschiebung des ut durch einen Abschreiber, der an cavetur nicht unmittelbar mit einem Relativsatze anknüpfen wollte. Für Letzteres spricht dagegen einmal das dritte Capitel: siquis alteri damnum faxit; ferner Dorotheus zu Basil. 60, 3. 1 (5, 263), der anscheinend ebenfalls den Wortlaut des Gesetzes wiedergeben will (*καὶ ἐν τῷ μὲν α' κεφαλαίῳ διαγορεύει ὁ νόμος*) und der die Anfangsworte übersetzt: *ἐάν τις οἰκέτην* etc. So sagt denn auch Gaius 3, 210: ut siquis hominem alienum etc., so daß die Worte siquis von allen Seiten gesichert scheinen.

2. Quadrupedem vel pecudem. Es ist jedesfalls ein Irrthum, wenn Bynkershoek [2]) diese beiden Wörter als durch vel von einander getrennt betrachtet. Dann wären die nach § 2 von der älteren Jurisprudenz aufgeworfenen Fragen sehr überflüssig gewesen. Denn quadrupes umfaßt eben alle Vierfüßler; eine engere Bedeutung hat man erst aus dieser Stelle abstrahieren wollen [3]). Bynkershoeks Einwand gegen die Verbindung der Wörter: der Zusatz sei lächerlich, da es keine drei- und zweifüßigen pecudes gebe, ist nur dann zutreffend [4]), wenn man quadrupes als Adjectiv auffaßt. Allein die Wörter.

---

[1]) Wie z. B. Bynkershoek de reb. manc. c. 6. (Opp. Col. 1761. 1, p. 310.)

[2]) a. a. O. c. 6 (1, 310).

[3]) vgl. Hugo, civil. Magazin 1 (3. Aufl.) 104 ff.

[4]) Und doch nicht vollständig; denn s. Nonius 6, 65 p. 312 (ed. Gerlach): pecudes non solum quadrupedes sed etiam alia animalia

sind so zu verbinden, daß pecus das Substantiv quadrupes näher bestimmt, determiniert, ähnlich wie die alten Gesetze von servus arator, bos arator sprechen [5]). Dies ergibt sich aus Gaius Worten quadrupedem quae pecudum numero est und aus den Basiliken: τετράποδον ἀγεληδὸν βοσκόμενον. Hienach ist es unmöglich, das vel beizubehalten. Denn es ist in Prosa ganz unzulässig, wie Vangerow [6]) annimmt, die conjunctive Partikel hinter das Adjectiv (oder Substantiv) zu stellen, vor das es gehört. Vielmehr muß man quadrupedemve pecudem schreiben [7]), was auch Gaius bestätigt: eamve quadrupedem.

3. Das id ist zwar an sich nicht wider den Sprachgebrauch, obwol es immer eine Nachlässigkeit des Ausdruckes bleibt, ein neutrales Pronomen mit Beziehung auf vorhergehende Masculina und Feminina zu gebrauchen, wenn auch mit diesen Sachen bezeichnet sind. Allein ein solcher Mangel an Präcision ist ein arger Verstoß gegen die sonst übliche Ausdrucksweise der Gesetze und Edicte [8]). Dazu kömmt, daß Gaius 3, 214 in diesem Falle anscheinend unmittelbar aus der lex die Worte wiedergibt: quanti in eo anno ea res plurimi fuerit. Wenn Ulpian fr. 21 pr. ht. lib. XVIII. ad ed., woher auch fr. 1 und viele andere Stellen sind, wo also ex professo über die lex gehandelt ist, sagt: ait lex: quanti is homo in eo anno plurimi fuisset, so ist diese Wendung offenbar aus der Formel herzuleiten, in der natürlich je nach der verletzten Sache die Worte verschieden lauteten.

---

dicere Vergilio auctore possumus (Georg. 4, 327) . . . Varro Sexagesi: neque quas agi pennas (agili pennas?) anates tremipedes buxeis rostris pecudes paludibus nocte nigra ad lumina lampadis sequens.

[5]) c. 1 C. Th. de pign. 2, 30. Aelian. Var. hist. 5, 14: βοῦς ἀρότης.

[6]) Pand. 3, 598.

[7]) So conjicierte zuerst Hotman, observv. 7, 17.

[8]) vgl. z. B. fr. 1. pr. de cap. min. 4, 5.

Daher ist anzunehmen, daß die Institutionen des Gaius uns dies Mal die echten Worte aufbewahrt haben.

4. Statt domino dare will Cujaz [9]) ero dare lesen, weil Ulpian fr. 11 § 3 ht. sagt, das Gesetz spreche von erus und meine damit dominus. Dagegen sagt aber Pomponius fr. 43 ht.: dominum lex appellat non utique eum etc. so daß also nichts Sicheres über das gebrauchte Wort auszumachen ist. Wahrscheinlich ist freilich die Anwendung des alterthümlicheren erus.

5. Im dritten Capitel will Haloander statt quod usserit etc. quidve schreiben. Das ist ohne alle handschriftliche Gewähr und würde den Sinn gänzlich verkehren. Der Relativsatz steht zur Erläuterung und näheren Bestimmung des damnum dare, nicht alternativ mit demselben (vgl. VIII, 1).

6. Fraglich erscheint auch die Echtheit des Zusatzes: praeter hominem et pecudem occisos. Er verstößt gegen die knappe Form des Gesetzes und sieht sehr nach einem erläuternden Einschiebsel Ulpians aus. Gaius 3, 217 deutet auf keine derartige Parenthese hin.

7. Das Futurum erit der Florentina ist auffallend, und Mommsen will, wie schon früher Haloander, dafür fuit setzen. Dafür spricht Manches. Erstens bezieht sich hier wie im ersten Capitel die Schätzung auf die Zeit vor der Beschädigung. Dies zu bezeichnen ist aber das Präteritum hier wie dort geeigneter als das Futurum. Und so steht es denn auch bei Ulpian fr. 29 § 8 ht. Ferner paraphrasieren die Basiliken (60, 3. 27 p. 290) die Worte: *καὶ ἀποτιμᾶται εἰς ὅσον ἦν τὸ πρᾶγμα.* Dennoch entbehrt man in einem Gesetze der futurischen Beziehung ungern. Will man daher einmal ändern, so scheint mir in beiden Capiteln fuerit am angemessensten. Einmal hat dies Gaius in den Institutionen

---

[9]) Observ. 27. 11. vgl. Rudorff, Ztschr. f. gesch. RW. 14, 367 n. 109.

zweimal (3, 214. 218), wo er sich direct auf die Gesetzesworte beruft; und sodann erhielten wir damit den vollkommen sachgemäßen Sinn: wieviel die Sache werth gewesen sein wird, d. h. wieviel der Richter finden wird, daß die Sache werth gewesen sei.

Hienach würde der Wortlaut der beiden restituierbaren Capitel etwa folgender sein:

1) siquis servum servamve alienum alienamve quadrupedemve pecudem iniuria occiderit quanti ea res in eo anno plurimi fuerit tantum aes ero dare damnas esto.

2) ceterarum rerum siquis alteri damnum faxit quod usserit fregerit ruperit iniuria quanti ea res fuerit in XXX diebus proximis tantum aes ero dare damnas esto.

II. Die Zeit, wann das Aq. Gesetz gegeben wurde, ist uns nicht überliefert. Es lassen sich indes mit Sicherheit gewisse Zeitgrenzen feststellen, in die es fallen muß. Einmal nämlich ergibt sich aus Ulpians Notiz fr. 1 § 1 ht., daß zwischen den XII Tafeln und unserer lex noch verschiedene denselben Gegenstand betreffende Gesetze gegeben sind. Ein bis anderthalb Jahrhundert ist bei der Langsamkeit der legislativen Fortbildung gewis der geringste Zeitraum, welcher sonach zwischen beiden Gesetzgebungen liegen muß. Doch wird man sich andererseits diesen Zeitraum auch nicht zu groß vorstellen dürfen. Ferner wissen wir[10]), daß das Gesetz ein Plebiscit war und vom Tribunen Aquilius rogiert wurde. Es muß demnach aus einer Zeit stammen, wo die Beschlüsse der Tributcomitien schon gleiche Kraft mit denen der Centuriatcomitien erlangt hatten. Gesetze, welche dies vorschrieben, sind bekanntlich mehrere erlassen: so daß also das letzte derselben,

[10]) fr. 1 § 1 ht. Nov. 18, 5. Isidor. Orig. 5, 15 § 2.

die lex Hortensia von 467, keinen sichern Ausgangspunkt bilden würde. Denn es ist an sich kein Grund, weshalb der Senat diesem Gesetze seine Billigung hätte versagen sollen [11]). So kommen wir also auf die Mitte des 5. Jahrhunderts als Anfangspunkt jenes Zeitraumes. Sehr viel weiter zurück müste man aber das Gesetz verlegen, wenn die handschriftliche Lesart Gai. 4, 21 richtig wäre:

> Per manus injectionem aeque (de) his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur lege Aquilia cautum est, velut iudicati lege XII tabularum.

Huschke [12]) schließt hieraus erstens, die lex Aq. habe alle Fälle aufgezählt, in welchen per manus iniectionem geklagt werden durfte, und sei dadurch in gleicher Weise die Grundlage für diese Legisaction geworden, wie die leges Silia und Calpurnia für die Condiction, und ferner, daß das Gesetz Ende des 5. Jahrh. erlassen sei. — Für die erstere Annahme ist kein Anhalt, auch keine Wahrscheinlichkeit; denn, wie nachher zu zeigen, wollte das Gesetz keineswegs weitgehende Reformen durchführen. Die letztere Folgerung aber ist entschieden unzulässig. Gaius sagt § 22, die manus iniectio sei später auf andere Fälle ausgedehnt durch die leges Publilia, Furia, Apuleia. Diese sind alle aus dem Anfange des 5. Jahrh., so daß also das Aq. Gesetz ans Ende des 4. Jahrh. gehören würde. Allein der ganze Zusammenhang fordert die schon von Göschen aufgenommene und jetzt auch von Huschke gebilligte Emendation aliqua, welche allen Schwierigkeiten abhilft [13]): die manus iniectio ist nur dann zulässig, wenn sie ein Gesetz anordnet; für die Execution thun dies die XII Tafeln, für andere Fälle andere Gesetze.

---

11) vgl. Mommsen, röm. Forschungen 1, 200 ff.

12) Gai. 114.

13) vergl. auch Hugo, R.G 401 f.

Zur Bestimmung des Endpunktes unseres Zeitraumes haben wir die folgenden Data.

1. Unter den Interpreten des Aq. Gesetzes erscheint fr. 27 § 22 auch Brutus. Es kann dies nur der fundator iuris civilis sein, auf den sich Labeo ebenfalls mehrfach beruft[14]). Er lebte um 620. Das Gesetz ist zu seiner Zeit schon durch Interpretation fortgebildet; es muß also schon geraume Zeit in Uebung gewesen sein.

2. Nach einer Notiz bei Cicero Brut. § 131 klagte L. Cäsulenus den Sabellius ex lege Aq. an. Es war dies ein Zeitgenosse des Sextius Calvinus, welcher a. 655 die Prätur verwaltete.

3. In der Rede pro Tullio § 9 bespricht Cicero das neue edictum de vi, das der Prätor Lucullus 676[15]) proponierte, und sagt dabei: et cum sciret de damno legem esse Aq., tamen hoc ita existimavit apud maiores nostros cum et res et cupiditates minores essent etc. Die Schilderung, obwol vom Redner ausgeschmückt, paßt am besten auf die Zeit des Curius Dentatus.

Jedesfalls muß hiernach das Gesetz schon länger vor den Gracchen bestanden haben. Und damit stimmt zusammen, daß das Gesetz, wie sich nachher ergeben wird, nicht jünger sein kann als die lex Caecilia Didia 656.

Daraus folgt die Unhaltbarkeit sowol der längst widerlegten alten Meinung, welche das Gesetz dem Freunde Ciceros, Aquilius Gallus, zuschreibt, als der anderen[16]), wonach es ums Jahr 621 von M. Aquilius gegeben sein soll, der 625 Consul war.

Innerhalb des so begrenzten Zeitraumes hat man nun versucht die lex auf einen bestimmten Zeitpunkt zu fixieren.

[14]) Gell. 6, 15 § 1; 17, 7 § 2.
[15]) Keller, semestria 573 f.
[16]) Suarez app. 1 § 11 p. 9; 1, 4. 6 § 4 p. 55.

1. Nach Pighius[17]) soll das Gesetz 573 gegeben sein, wo neben C. Orchius ein L. Aquilius als Volkstribun aufgeführt wird. Worauf dieses letztere als unzweifelhaft vorgetragene (und deshalb auch allseitig als sicher hingenommene) Datum beruhe, habe ich nicht aufzufinden vermocht. Allerdings nennt Livius 41, 14 einen Prätor L. Aquilius, der 577 Sicilien als Provinz erhält, und dieser könnte 4 Jahre vorher Tribun gewesen sein. Doch ist dies — soweit ich sehe — nirgends quellenmäßig verbürgt[18]). Aus Livius Stillschweigen darf man indes keinen Schluß ziehen. Denn er erwähnt auch des Orchischen Aufwandsgesetzes nicht. Der Name ist nun für Pighius der einzige Anhalt: eine sehr schwache Grundlage seiner Behauptung.

2. Mehr Beachtung verdient dagegen eine Nachricht des Theophilus 4, 3 § 15: *ὁ γὰρ Ῥωμαῖος χυδαῖος δῆμος κατὰ τὸν καιρὸν τῆς διαστάσεως τοῦ χυδαίου δήμου καὶ τῆς συγκλήτου τοῦ Ἀκουιλίου (δήμαρχος οὗτος ἦν) τὸν παρόντα νόμον τιθέντος κ. τ. λ.*, womit der sogen. Anonymus zu Bas. 60, 3. 1 (5, 253) übereinstimmt[19]). Man hat indes gemeint[20]), diese Nachrichten seien lediglich aus Combinationen von fr. 1 § 1 ht. und fr. 2 § 8 de OJ. hervorgegangen, in welcher letzteren Stelle von der Verbindlichkeit der Plebiscite nach der

---

[17]) Ann. urb. Romae 2, 330 f.

[18]) Im J. 573 commandiert ein Militärtribun L. Acilius den linken Flügel bei Aebura (Liv. 40, 31). Wäre nicht eine Verwechselung mit diesem denkbar? Oder sollte Val. Max. 8, 1 damn. 6 Veranlassung gewesen sein, wonach ein Tribun P. Aquilius den Triumvir nocturnus P. Villius anklagt? Dieser würde dann mit dem Tribunen L. Villius identificiert sein, der 574 die lex annalis durchbrachte?

[19]) *Ὅτε γὰρ ἐστασίασε τὸ πλῆθος πρὸς τοὺς συγκλητικοὺς καὶ διέστη ἀπ' αὐτῶν.* Vangerow, Pand. 3, 599 meint, diese Erzählung entkräfte die des Theophilus weit eher, als sie dieselbe unterstütze. Weshalb, ist mir nicht recht ersichtlich.

[20]) Rudorff, Ztschr. f. gesch. RW. 14, 395. zu Puchta's Inst. 3, 121 y. R. G. 1, 98 n. 3.

lex Hortensia sehr naiv berichtet wird. Nun ist allerdings unleugbar, daß es dem Berichte des Theophilus an Bestimmtheit mangelt, und zuzugeben, daß er jedesfalls keine genaue Kenntnis der Umstände bekundet. Indessen bleibt die Angabe immer noch positiv genug, daß man sie nicht ohne Weiteres für ein Misverständnis oder eine Erfindung erklären darf — was ohne das eingewurzelte, vielfach durchaus unbegründete Mistrauen gegen jede einzeln stehende Nachricht des Theophilus sicherlich nicht geschehen würde. In der That spricht Nichts gegen jene Notiz, und damit müssen wir uns beim Mangel aller Anhaltspunkte begnügen. — Die Erzählung kann sich nur auf die letzte, Janiculensische Secession der Plebs 467 beziehen. Daß von einem Streite zwischen Patriciern und Plebejern die Rede ist, zeigen die Worte *χυδαῖος δῆμος*[21]). Nicht so klar liegt darin die Bezeichnung der Secession. Allein das Gesetz kann nicht wol früher gegeben sein, und anderestheils ist der Ständekampf mit diesem Streite abgeschlossen und bis zu den Gracchen kein bedeutender politischer Hader mehr vorgekommen. Ueber das Ereignis selbst haben wir nur sehr dürftige Berichte[22]). Es kann daher nicht verwundern, wenn wir weder den Aquilius, noch einen seiner Collegen genannt finden. Alles Interesse wird so von dem Hortensischen Gesetze in Anspruch genommen, daß nicht einmal über die Schuldenregulierung berichtet wird, obwohl diese den Anstoß zu der ganzen Bewegung gab.

Sonstige Anhaltspunkte, die Zeit des Gesetzes zu bestim-

[21]) Der Ausdruck *χυδαῖος δῆμος* ist sonst kein technischer für die plebs (infima plebs Lange, Alterth. 2, 91 f.); er kann sich auch auf sociale Unterschiede beziehen: aber Theophilus gebraucht ihn an so entscheidenden Stellen, wie 1, 2 § 4 und § 5, daß man bei ihm einen festen Sprachgebrauch voraussetzen darf.

[22]) Liv. ep. 11. Zonaras 8, 2 p. 105. Dio Cass. exc. Vat. 42 (9, 40 Stz.), wo für unsern Zweck auch Niebuhrs Restitution (altes) Rhein. Mus. f. Phil. 2, 596 f. nichts fördert.

men, sind theils ungenügend, theils sogar bedenklich: das Ueberlenken in das Princip der Geldcondemnation, was Huschke[23]) als charakteristisch hervorhebt, ist, wie oben gezeigt, nichts Neues; die alterthümliche Ausdrucksweise, namentlich erus für dominus[24]) fr. 11 § 6 ht., kömmt auch bei Plautus und später vor. Daß die lex noch in die Zeit der Legisactionen fällt, ist gewis. Das gibt aber bei der Unbestimmtheit über Zeit und Bedeutung der lex Aebutia gar keine Grundlage. Auch aus den gleichzeitigen Schriftstellern ist nichts zu gewinnen; bei Plautus findet sich nirgends eine Hindeutung auf unsere lex oder überhaupt auf gesetzliche Normen über Sachbeschädigungen. Denn die sowol bei ihm[25]) als bei Terenz[26]) und in den Catonischen Contractsformularen[27]) vorkommende Redensart damnum dare mit dem dritten Capitel unseres Gesetzes in Beziehung zu setzen, dürfte äußerst bedenklich sein. Bei Terenz wird allerdings einmal ein Fall erwähnt, der bestimmt unter das Gesetz gehören würde; doch lauten auch hier die Worte zu allgemein, um einen sichern Schluß zu gestatten. In den Adelphen (1, 2. 40 [120]) sagt Micio von seinem Pflegesohne:

foris ecfregit: restituentur; discidit
vestem: resarcietur; et (dis gratia)
est unde haec fiant et adhuc non molesta sunt.

Etwas juristisch Erhebliches läßt sich hieraus nicht entnehmen: der Kuppler, dem das Unglück widerfahren, scheint es selbst mehr als Injurie denn als Sachbeschädigung aufzufassen und ist dazu auch vollkommen berechtigt[28]).

---

[23]) Gaius 114.

[24]) Müller, Inst. 406, 1.

[25]) Cist. 1, 1. 105. Truc. 2, 1. 17. vgl. Nipperdey, in Corn. Nep. spicilegium p. 101.

[26]) And. 1, 1. 116 (143).

[27]) R. R. 144, 6. 145, 9.

[28]) vgl. 2, 1. 8 (162): tu quod te posterius purgas hanc iniuriam

III. Die Stellung des Aquilischen Gesetzes zu früheren gleichartigen charakterisiert Ulpian fr. 1 pr. ht.:

> Lex Aquilia omnibus legibus quae ante se de damno iniuria locutae sunt derogavit sive duodecim tabularum sive alia quae fuit.

Er sagt also, daß unser Gesetz eine clausula derogatoria enthielt (ante se)[29]; es fragt sich von welcher Tragweite. Hasse[30]) hat aus Ulpians Worten die beiden Sätze gefolgert: 1) die lex Aqu. hob alle früheren Gesetze, welche vom damno iniuria dato handelten, auf, auch das Zwölftafelgesetz, soweit es von diesem redete; und 2) die l. A. umfaßt Alles, was damnum i. ist, und nichts ist damnum i., was nicht zur l. A. gehört. — Es ist zunächst nicht recht abzusehen, was mit diesen Sätzen gewonnen ist. Allein sie sind m. E. nicht begründet und als irreleitend zu bekämpfen. Denn sie stellen von vorn herein der Interpretation des Gesetzes gegenüber auf einen unrichtigen Standpunkt. Man kann zugeben, daß das in der l. Aq. behandelte Vergehen in seiner ganzen späteren Ausdehnung als damnum i. d. bezeichnet wurde, obwol dies doch nicht ganz zutreffend ist, und daß deshalb in den Digesten actio damni i. und legis Aq. sich meistestheils decken. In der That war ja die l. Aq. das Hauptgesetz über jenes Delict und daher die Uebertragung des Namens a potiori gerechtfertigt. Dagegen kannten jedesfalls die XII Tafeln das Vergehen als solches nicht, sie enthielten keinesfalls

mihi nolle factam esse. Paul. R. S. 2, 31 § 35. 5, 4 § 8. fr. 5 pr. § 2 de ini. 47, 10.

[29]) Dies gegen Bethmann-Hollweg, Civilpr. 2, 295 n. 6, der eine thatsächliche Aufhebung annimmt. Das ist mit dem reflexiven Pronomen unvereinbar. Daß die mystische actio de rupitiis sarciendis noch neben der Aquilia bestanden habe, wird man bis zum geführten Beweise billig bezweifeln dürfen.

[30]) Culpa S. 17 ff. S. 20 ff.

geradezu Bestimmungen über damnum i.[31]. Vielmehr handelten sie von verschiedenen einzelnen Vergehungen, welche man unter dem später gangbaren Gesammtbegriffe zusammenfassen konnte. Das allein kann daher der Sinn Ulpians sein, wenn er von Gesetzen über damnum i. d. spricht. Auch der Text des Aq. Gesetzes, den wir ja seinem wesentlichen Bestande nach kennen, weiß von jener umfassenden Abstraction nichts. Und von diesem Texte muß man doch ausgehen, wenn man die ursprüngliche Tragweite des Gesetzes bestimmen will. Neben demselben sind denn auch gewisse Vorschriften der XII Tafeln bestehen geblieben[32], namentlich die über arbores furtim caesae und incensio aedium, welche man beseitigt glauben sollte, falls wirklich die Aeußerung Ulpians im Sinne Hasses zu verstehen wäre. Denn von der actio arborum f. c. sagt Paulus fr. 5 § 1 a. f. c. 47, 7 ausdrücklich:

> eius actionis eadem causa est, quae est legis Aquiliae,

d. h. also doch: es liegen ihr dieselben Voraussetzungen zu Grunde wie der Aquilischen Klage. Darauf entgegnet Hasse, allerdings habe das Gesetz die XII. Tafeln nur in den Punkten aufgehoben, welche seine Materie betrafen; die angeführten Beispiele von damnis i. d. seien „falsch". Allein dies widerlegt den Einwand nicht. Denn einmal fragt es sich eben, warum die erwähnten Gesetze nicht die Materie des Aquilischen Plebiscits betrafen, da doch wegen beider Vergehen ganz unzweifelhaft die directa actio legis Aq. zustand. Und sodann wird nicht behauptet, daß jene beiden Fälle technisch als damna i. d. bezeichnet wurden, sondern nur, daß sie unter den nämlichen Begriff wie die im Aq. Gesetze bedroheten Sachbeschädigungen gehörten. Aus dem Allem folgt, daß die clausula

[31] s. a. Rudorff, R.G. 2, 359 n. 1.

[32] Darüber s. besonders Suarez, app. 2 p. 9 f.

derogatoria sich nur auf die Fälle beziehen konnte, welche direct und dem Wortlaute nach unter das neue Gesetz fielen: vielleicht waren dieselben auch alle aufgezählt. Dasselbe war nur deshalb umfassender als die früheren, weil es die vorher zerstreuten Einzelbestimmungen vereinigte. Sonst aber schloß es sich ebenso an vorzugsweise praktische Fälle an und suchte der augenblicklichen Noth abzuhelfen, wie auch bei den ungefähr gleichzeitigen leges Cincia und Voconia mehr ein momentanes Bedürfnis maßgebend war, als eine principmäßige Neuerung beabsichtigt wurde. Hierdurch erledigt sich auch der zweite Hassische Satz, durch den man darauf hingewiesen wird, bei Erläuterung des Aq. Gesetzes den Begriff des damnum i. d. zum Ausgangspunkte zu nehmen, während er sein Zielpunkt ist. Denn die Interpretation des Gesetzes muß vom Concreten zum Abstracten aufsteigen.

Was Hasse mit jenen beiden Sätzen nur andeutete, das spricht Huschke geradezu aus[33]). Er meint mit Berufung auf den Gegenstandsnamen des Gesetzes und auf Ulpian, Aquilius habe eine durchgreifende Legislation über Schadenszufügungen beabsichtigt: er habe die sinnliche Auffassung früherer Zeit: körperliche Zerstörung, zur abstract juristischen: Zerstörung oder Aufhebung eines Vermögensrechtes, sublimiert. Das zweite Capitel sei nicht bloß von dem durch betriegerische Acceptilation seitens des Adstipulators zugefügten Schaden, sondern überhaupt von der Vernichtung unkörperlicher Sachen, der Obligationen, zu verstehen. — Schon Gaius 3, 216 hebt hervor, das zweite Capitel handle eben so wie das erste vom damnum: der zusammenhaltende Gesichtspunkt für das ganze Gesetz ist also die Ahndung widerrechtlicher Vermögensbeschädigung. Daß die lex dieses ganze Gebiet behandeln und er-

[33]) Gaius 108 ff. Aehnlich schon Elvers, doctr. de culpa (1823) 119 fg.

schöpfen wollte, dafür spricht gar nichts. Denn wenn Huschke sich gegenüber der Thatsache, daß einige Fälle von Sachbeschädigung neben der lex selbständig blieben, auf den Satz beruft: lex generalis non derogat speciali, so ist diese Regel hier nicht durchgreifend. Denn wie gezeigt versteht Ulpian unter den Gesetzen, quae ante de damno i. locutae sunt, solche, die für die Klagen gleiche Voraussetzungen aufstellten, wie die lex Aq. Wie war von diesen die arbor furtim caesa auszunehmen? Doch offenbar nach Huschkes Andeutung nur so, daß man auf das furtim besonderen Nachdruck legte. Damit aber kam sofort eine Beschränkung in das neue Gesetz, die sich mit dessen reformierendem Charakter schlecht vertrug. — Um die allgemeinere Bedeutung des zweiten Capitels gegenüber dem beschränkten Ausdrucke desselben zu wahren, behauptet Huschke, die Adstipulation sei der einzige Fall, wo durch eine positive widerrechtliche Einwirkung die Obligation vernichtet werden könne. Dies ist insofern gewis nicht richtig, als ja auch jeder correus den anderen durch Acceptilation um seine Forderung bringen kann [34]). Der correus wäre also, wenn wirklich die Absicht auf die Ahndung jeder widerrechtlichen Vernichtung von Obligationen gienge, sicherlich neben dem Adstipulator zu erwähnen gewesen. Denn weder kann der Adstipulator, der accessorische Gläubiger, zugleich auch den correus stipulandi, den principalen Mitgläubiger, bezeichnen, noch umgekehrt [35]). Und sollte man denn nicht auch erwarten, daß die Zerstörung des Beweismittels für eine Forderung, die zur Abweisung der Klage führt, eher unter das zweite, als, wie das der Fall ist, unter das dritte Capitel gehöre? [36])

[34]) vgl. auch Savigny Obl. R. 1, 170 p.

[35]) vgl. Festus s. v. reus p. 289 (Müller).

[36]) Auf der andern Seite darf man gewis auch die Bestimmung des 2. Cap. nicht auf die Adstipulation bei der Aq. beschränken: Rudorff Ztschr. 14 385. R.G. 1, 99 f. Dagegen Huschke 108 f. Keller Instit. 166.

Sonach gelangen wir auch hier zu dem Ergebnisse, daß das Gesetz kein allseitig reformierendes war, daß vielmehr seine lose an einander gereihten Theile lediglich in dem damnum ihren gemeinschaftlichen Mittelpunkt finden. Solcher leges saturae, selbst solcher, die nur durch einen gemeinsamen Zweck zusammenhiengen, gab es seit den leges Liciniae, die bekanntlich dieselben aufbrachten, bis zur lex Caecilia Didia 656, die sie verbot, eine ganze Reihe.

Für die Interpretation des Gesetzes ergibt sich hieraus der Grundsatz, daß die Theile desselben vollkommen unabhängig von einander sind, und jeder für sich nach eigenem Wortlaute und Geiste erklärt werden muß. Das bestätigt die Mittheilung des Gaius 3, 218 (§ 15 h. t.). Danach folgerten die Juristen aus dem Mangel des Wortes plurimi im dritten Capitel, der Richter dürfe hier nach seinem Ermessen auch auf einen andern als den höchsten Werth condemnieren. Erst Sabinus brachte die Ansicht zur Geltung, daß auch hier plurimi zu ergänzen sei. Die gleiche Anschauung liegt der Entscheidung des Gaius fr. 32 § 1 h. t. zu Grunde: wenn ein Sklave zuerst verwundet, sodann (postea deinde) von demselben getödtet ist, so haftet der Schuldige wegen Verwundung aus dem dritten und wegen Tödtung außerdem aus dem ersten Capitel: duo enim sunt delicta. Wenn also der verwundete Sklave vor Ablauf eines Jahres getödtet wird, so erhält der Beschädigte zweimal dieselbe Aestimation [37]).

[37]) vgl. auch fr. 33 § 4, fr. 46 sq. h. t.

Erstes Capitel.

Allgemeine Begriffe des Rechtes aus der lex Aquilia.

III.

Als nothwendige Voraussetzungen der Aquilischen Klage erscheinen iniuria und culpa. Beide Begriffe haben keine eigentliche historische Entwickelung durchgemacht: wenigstens läßt sich eine solche nirgends mehr nachweisen. Sie sind von der Theorie gefunden und ausgebildet und treten deshalb fertiger auf als andere Rechtsbegriffe. Ihr Gebiet reicht viel weiter als das Aq. Gesetz. Deshalb ist es möglich, sie ohne Rücksicht auf dessen allmähliche Ausbildung zu untersuchen. Eine solche selbständige Untersuchung ist aber bei der häufigen Vermischung beider Begriffe dringend geboten. Dabei muß man als Grundsatz festhalten, daß die Juristen den sonst gebräuchlichen Wörtern keine neue Bedeutung beilegen, sondern nur die vorgefundene in ihrem Sinne verwerthen können, daß also der bei nichtjuristischen Schriftstellern nachgewiesene Sprachgebrauch als Grundlage auch für die Juristen maßgebend ist.

1. Iniuria ist das Femininum des Adjectives iniurius; es ist dabei res zu ergänzen. Daher muß es zunächst eine rechtswidrige oder unrechtmäßige Thatsache, ein objectives Un-

recht bezeichnen. Daraus entwickelt sich der Begriff von rechtswidrig zugefügtem Schaden, und von Schaden überhaupt, sei es am Vermögen oder an der Ehre[1]). Man sagt facere imponere inferre iacere immittere iniuriam vom Handelnden, accipere pati ferre vom Leidenden. Ueberall also hat man bei Anwendung des Wortes nur das äußere Ereignis, nirgends das Verhältnis desselben zur handelnden Person im Auge. So der Sprachgebrauch bei den nichtjuristischen Schriftstellern. Im Corpus Juris ist er kein anderer, wenn er auch natürlich nach der juristischen Seite entwickelt ist. Wir haben zunächst eine ganz allgemeine, untechnische Bedeutung, aus welcher sämmtliche übrige sich leicht ableiten lassen: das Wort bezeichnet Alles quod non iure fit, d. h. Alles, was wider eine Rechtsvorschrift irgend welcher Art verstößt. Liegt in concreto kein solcher Verstoß vor, obgleich objectiv allerdings eine positive Rechtsregel verletzt ist, so ist non iniuria gehandelt. Der in iniuria steckende Begriff von ius ist also hier ius im objectiven Sinne. Gründe einer solchen Nichtannahme von iniuria können die verschiedenartigsten sein: eigenes (subjectives) Recht des Handelnden, Unzurechnungsfähigkeit u. s. w. Natürlich wird sich dies danach richten, was im einzelnen Falle zum Thatbestande der Rechtsverletzung erfordert wird. So ist die allgemeine Definition Ulpians zu verstehen fr. 1 pr. de iniur. 47, 2:

> Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fit.... hoc generaliter, specialiter autem iniuria dicitur contumelia. interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus,

sowie die Parallelstellen pr. de iniur. 4, 4 fr. 5 § 1 h. t.

---

[1]) vgl. Rhet. ad Herenn. 4 § 35. Paulus in Coll. 2, 5 § 2. vgl. Servius zu Verg. Aen. 9, 107.

Coll. 2, 5 § 1. Vor Allem aber gehören hieher die Worte des Gesetzes selbst: qui iniuria occidit. Es bleibt der Interpretation überlassen, festzustellen, was denn iniuria sei [2]). Wie schon aus diesen Stellen sich ergibt, ist die Bedeutung von Einbuße an der Ehre bei den Juristen eine vorzugsweise technische; daneben aber ist die von Vermögensschaden ebenfalls gäng und gebe. So sagt Ulpian fr. 2 § 10 neq. in loc. publ. 43, 8:

> nam quotiescunque aliquid in publico fieri permittitur, ita oportet permitti ut sine iniuria cuiusquam fiat [3]).

Daher kömmt es denn, daß selbst bei der lex Aq., wo dasselbe Wort in anderer Bedeutung vom Gesetze gebraucht wird, doch dieser Sprachgebrauch sich findet: so bei Paulus fr. 30 § 1 h. t.:

> sed iniquum est et domino et creditori eum (der den Pfandsklaven getödtet hat) teneri, nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem iniuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem etc.

und bei Ulpian fr. 27 § 25 h. t.

> si olivam immaturam decerpserit — Aquilia tenebitur: quodsi iam maturos (fructus) cessat Aq.: nulla enim iniuria est, cum tibi etiam impensas donaverit [4]);

---

[2]) Man könnte hieher auch fr. 24 § 3 de damn. inf. 39, 2 ziehen: haec stipulatio utrum id solum damnum contineat, quod iniuria fit, an vero omne damnum quod extrinsecus contingat. vgl. Suarez app. 2 § 4 p. 17.

[3]) Gai. 3, 43. vgl. fr. 50 de A. R. D. 41, 1. coll. fr. 17 de S. P. R. 8, 3 = fr. 3 § 1 de aq. quot. 43, 20. fr. 40 de adm. et per. 26, 7. fr. 1 §. 13 de coni. c. em. 37, 8. fr. 11 § 4 de pign. act. 13, 7. fr. 6 § 11 q. in fr. cred. 42, 8. fr. 21 § 2 de leg. 3.

[4]) Denn hier ist kein Vermögensschade vorhanden, eben so wenig wie

auch Javolen fr. 37 pr. h. t. und Papinian fr. 54 h. t. gebrauchen das Wort so. Doch darf man iniuria andererseits auch nicht mit damnum identificieren. Wir könnten in jenen Fällen ebenfalls sagen: Dir geschieht kein Unrecht, denn du hast keinen Nachtheil.

2. Culpa. Hasse[5]) nimmt an, daß das Wort culpa bei den nichtjuristischen Schriftstellern ursprünglich Alles, was gegen Recht, Sitte und gute Ordnung geschehe, bei den Juristen also Widerrechtlichkeit bedeute; daß daraus die zweite, technische Bedeutung: Zurechnung abgeleitet sei. Mithin deckt sich der Begriff culpa zunächst mit dem von iniuria, und eine Vermischung oder Verwechselung beider ist also nicht sowol erleichtert als geboten. — Diese Entwickelung halte ich für entschieden unrichtig. Denn erstens ist die Fortbildung der Wortbedeutung vom objectiven Begriffe der Widerrechtlichkeit zum subjectiven der Zurechnung nicht naturgemäß und ohne alle Analogie. Es ist unmöglich, wie Hasse verlangt[6]), aus dem Gesammtbegriffe der Widerrechtlichkeit das Abstractum Zurechnung herauszuziehen: denn damit wird der Sinn des Wortes nicht modificiert, sondern von Grund aus verändert. Ferner ist die Bedeutung von culpa im durchaus objectiven Sinne nicht nachweisbar. Hasse hebt selbst hervor, Redewendungen wie dare oder pati culpam würden dem Sprachgefühle widerstreben. Das einzige Beispiel ist denn auch Paulus fr. 45 § 4 ht.:

> Qui cum aliter tueri se non possent d a m n i c u l p a m dederint innoxii sunt.

Allerdings lesen hier alle Handschriften den Accusativ culpam; aber es ist mir unzweifelhaft, daß die Stelle verdorben, und

---

in fr. 27 § 15 ht., wo auf damnum, nicht auf iniuria der Nachdruck liegt. Letzteres ist überflüssig und fehlt auch Coll. 2, 4 § 1.

[5]) Culpa S. 8 ff.

[6]) ebend. S. 39.

wahrscheinlich, daß Mommsens Conjectur: damni quiddam aufzunehmen ist [7]). Es blickt also überall beim Gebrauche — auch dem untechnischen — des Wortes eine Beziehung auf das handelnde Subject durch. Dies ist auch entschieden in fr. 9 § 3 de min. 4, 4 der Fall, welches Hasse für die Bedeutung Widerrechtlichkeit anführt. Die sonst ebenfalls [8]) vorkommende Redensart cum (oder sine) culpa divertere, welche Hasse „sich scheiden ohne das Recht für sich zu haben" übersetzt, ist doch wol einfacher mit „als schuldiger (oder unschuldiger) Theil sich scheiden" wiederzugeben. In einigen anderen von Hasse angezogenen Stellen ist die Uebersetzung Rechtswidrigkeit geradezu unmöglich. So sagt fr. 7 § 12 de A. R. D. 41, 2:

> nam si scit, culpa ei obici potest quod temere aedificavit in eo solo quod intellegeret alienum,

erklärt also culpa als eine temeritas, neglegentia in aedificando. Woher aber diese subjective allenthalben hervortretende Beziehung, wenn sie nicht von vornherein im Begriffe des Wortes lag? Phrasen wie fati ista culpa est [9]), solet in me conferre omnem illorum temporum culpam [10]), si machinae culpa factum sit [11]), und sehr viele ähnliche [12]), sind, auch wenn man hier das Wort in uneigentlichster Be-

---

[7]) oder damnum cuipiam, was auch vorgeschlagen wird. Freilich wäre selbst culpam dare bei Paulus möglich, wenn man bedenkt, daß er zweimal von dolum facere spricht (fr. 17 § 4 de inst. act. 14, 3. fr. 18 § 3 de N. G. 3, 5), eben so wie Pomponius fr. 18 § 1 sol. matr. 24, 3.

[8]) fr. Vat. § 107. fr. 38. fr. 44 § 1. fr. 45. sol. matr. 24, 3. fr. 11 § 13 ad l. Jul. de adult. 48, 5. Ulp. 6, 10.

[9]) Seneca, Oed. 1019.

[10]) Cic. ad Att. 3, 2. 4.

[11]) fr. 5 § 7 Comm. 13, 6.

[12]) Cic. ep. 2. 12 § 2: quicquid acciderit a quo mea culpa absit animo forti feram. 15, 15 § 2: utque horum malorum omnium culpam fortuna sustinet. Verr. 2, 5 § 134. de orat. 2 § 15. pro Cluent. § 127: non omnes qui Oppianicum condemnant in culpa sunt ac

deutung nimmt, aus dem nach Hasse ursprünglichen Sinne desselben nicht herzuleiten. — Endlich soll nach Hasse's Meinung Jeder in culpa sein, der sich wissentlich eine Befugnis anmaßt, die einem Andern ausschließlich gehört, so daß also darunter jede Verletzung der öffentlichen Rechtsordnung und jede Kränkung eines Privatrechtes fällt. Es leuchtet ein, daß diese Bedeutung des Wortes eine durchaus untechnische, daß sie nichts weiter ist, als die Uebertragung des unjuristischen Begriffes Verstoß, Schuld auf das Rechtsgebiet. Sonst „würde die Theorie der culpa das ganze Criminalrecht und im Privatrechte die ganze Lehre der widerrechtlichen Verletzungen von Vermögen und Ehre umfassen“ [13]). Hiernach muß man nothwendig annehmen, daß der subjective Begriff der ursprüngliche und daß daraus erst der weitere: Verstoß wider die Rechtsordnung, entfaltet ist, ähnlich wie aus fraus, Betrug, Teuschung, die Bedeutung: Schade hervorgegangen, und ferner, daß jene erste Bedeutung im Sprachgebrauche der Juristen die einzig technische ist [14]).

Hält man die eben entwickelte Bedeutung der beiden Ausdrücke iniuria und culpa fest, so scheint zunächst eine Vermischung der durch sie bezeichneten Begriffe nicht nahe gelegt.

---

suspicione ponendi. Liv. 4, 53: quicquid ab hostibus cladis ... immineret, culpam penes Maevium fore qui dilectum impediret.

[13]) Löhr, Beiträge S. 2. Jedesfalls darf man das Gegentheil nicht aus Gaius, epit. 2, 9 pr. folgern, wo zwischen obligationes quae ex contractu, und quae ex culpa nascuntur unterschieden wird, während 2, 10 § 1 richtig ex delicto steht.

[14]) Besonders charakteristisch für den Sprachgebrauch der Juristen ist fr. 11 de per. et comm. 18, 6 (Alfenus Varus) verglichen mit fr. 3 § 1 der off. praef. vigil. 1, 15 (Paulus). S. darüber Cuiac. Obs. 17, 29. Suarez 2, 2. 1 § 11 p. 89. Die Uebersetzung von culpa mit Illegalität wäre widersinnig, denn ein durch Nachlässigkeit entstandener Brand braucht keine Rechtswidrigkeit zu enthalten. Zurechnung würde hier auch nicht passen. Denn culpa steht ohne Beziehung auf ein Subject. Also muß man wohl die allgemeine Bedeutung annehmen: in einem Menschen liegende Ursache.

Allerdings konnte man in einzelnen Redewendungen wol das eine Wort für das andere gebrauchen, allein der Standpunkt ist dann ein verschiedener: vestra factum iniuria est heißt: euer Vergehen ist die Ursache gewesen; vestra culpa factum est: ihr seid durch euer Vergehen die Ursache gewesen[15]). In der That aber findet eine begriffliche Vertauschung beider Wörter schon bei den römischen Juristen hie und da statt. Den Uebergang dazu könnten die gleich gebrauchten Ausdrücke: iniuriae und culpae capax erläutern[16]), welche beide für eine bestimmte Klasse der impuberes vorkommen. Der erste sagt, der impubes sei eines Verbrechens fähig, der andere exacter, er sei fähig eine verbrecherische Absicht zu haben (consilii capax fr. 8 § 1 de adq. u. om. her. 29, 2). Hiernach muß man von vornherein mit Mistrauen an solche Quellenstellen gehen, nach welchen es scheint, als ob man die iniuria gänzlich mit culpa zu identificieren habe. So Gaius 3, 211:

> Is iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit .... itaque impunitus est qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.
>
> Igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo qui nocere noluit. fr. 5 § 1 ht. = Coll. 7, 3 § 4[17]).
>
> Generaliter iniuria dicitur omne, quod non iure fit .... alias culpa, quam Graeci ἀδίκημα dicunt, sicut in lege Aquilia damnum iniuria accipitur. pr. de iniur. 4, 4 = Coll. 2, 5 § 1.

---

[15]) So sagt Plautus, Truc. 1, 2. 66: Vostra hercle factum iniuria est, quae properavistis olim Rapere, und Cic. ad Q. fr. 2, 11 (13) § 2: vestra culpa haec acciderunt, equites Romani, dissolute enim iudicatis.

[16]) fr. 5 § 2 h. t. fr. 23 de furt., beide von Ulpian.

[17]) Dieser Stelle thut m. E. Hasse S. 39 ff. durch seine weitläufige Interpretation zu viel Ehre an.

Alle diese Stellen sind mit besonderer Rücksicht auf das Aq. Gesetz geschrieben. Dazu kömmt dann noch Ulp. fr. 1 § 3 si quadr. 9, 1 (= pr. si quadr. 4, 9).

> Pauperies est damnum sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuria fecisse [dici], quod sensu caret. [pr. si quadr. 4, 9. Seneca de ira 2, 26: Non est enim iniuria nisi a consilio profecta.],

das indirect ebenfalls das Vorhandensein einer iniuria von der Zurechnungsfähigkeit, also der Möglichkeit einer culpa, abhängig zu machen scheint.

Es ist nun aber sehr leicht erklärlich, worin die Verwechselung in den angeführten Fällen ihren Grund hatte. Das Aq. Gesetz spricht nur von iniuria und überläßt es der Wissenschaft, aus diesem Worte den Thatbestand des von ihm bedroheten Delictes genauer zu entwickeln. Dazu gehörte nothwendig aber eben der Begriff von culpa. In Folge dessen schließt die iniuria im Gefühle der interpretierenden Juristen zwei Bedeutungen, die objective und die subjective Rechtswidrigkeit in sich. Selbstverständlich muste, wenn zum Thatbestande einer dieser beiden Unterbegriffe fehlte, der Hauptbegriff und damit der ganze Thatbestand des Vergehens wegfallen. So erklärt sich fr. 7 § 3 ht.

> Proinde si quis alterius impulsu damnum dederit, Proculus scribit neque eum qui impulit teneri, quia non occidit, neque eum qui impulsus est, quia damnum iniuria non dedit.

Die ursprüngliche Fassung des Gesetzes, nach welcher es nur die Tödtung oder Verstümmelung von Sklaven und Thieren betrifft, ließ über die objective Seite des Vergehens, die Rechtswidrigkeit, keinen Zweifel. Das Hauptaugenmerk muste sich also auf den Urheber des rechtswidrigen Erfolges und sein Verhältnis zu demselben (culpa) richten. Und so scheint

es wirklich, als ob der Begriff der iniuria in dem von culpa vollständig aufgienge.

IV.

Dies wäre nun auch juristisch einigermaßen dadurch gerechtfertigt, daß wirklich in der Regel jede culpose Sachbeschädigung unter das Aq. Gesetz fällt. Doch aber gibt es Fälle, in welchen trotz verursachtem Schaden und trotz der Zurechnungsfähigkeit kein Delict angenommen wird. Die Römer sind sich der Besonderheit dieser Fälle sehr wol bewust gewesen. Dies zeigt § 2. § 3. 4, 3:

> Iniuria autem occidere intellegitur, qui nullo iure occidit. itaque latronem qui occidit non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potest. ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa eius nulla inveniatur.

Es wird also ganz deutlich unterschieden zwischen den Fällen, wo der Thatbestand des Gesetzes wegen mangelnder iniuria, und denen, wo er wegen mangelnder culpa nicht vorhanden ist; vgl. auch fr. 49 § 1 ht. Ein noch stärkerer Beweis läßt sich m. E. aus Ciceros Rede für den Tullius (§ 11 f.) entnehmen. Der Redner setzt die Bedeutung der vom Prätor Lucullus neu gegebenen Formel auseinander: Quantae pecuniae paret dolo malo N' N' vi hominibus armatis coactisve damnum datum esse etc. etc. Er sagt dabei, gerade dieses neben der lex Aq. anscheinend überflüssige Edict habe jene latebra damni iniuriae beseitigt. Denn durch Weglassung des Wortes iniuria putavit se audaciam improborum sustulisse, cum spem defensionis nullam reliquisset, es sei damit dem vorgebeugt, ne ipsi statuerent, quo tempore possent suo iure arma capere [1]). Und daß Cicero

[1]) Keller, semestria 621 ff. 631 f.

hier im Rechte war, geht daraus hervor, daß das gegnerische Verlangen um Aufnahme des Wortes iniuria in die Formel sowol vom Prätor als von den Tribunen abgewiesen wurde.

Es ist klar, daß wenn man einen besonderen, engeren Begriff non iniuria annimmt, dies nur ein aus dem allgemeinen Begriffe der Rechtswidrigkeit abgeleiteter sein kann. Das ist aber eben die Frage, wo das ius aufhört. Bisher sprach man immer davon [2]), die lex Aq. verlange einen Schaden, der an sich rechtswidrig sei. An sich rechtswidrig ist aber eben alles das und nur das, was das Gesetz ahndet. Denn jede Rechtswidrigkeit setzt eine positive verbietende Rechtsvorschrift voraus. Man kam also keinen Schritt weiter. Darum bleibt die Frage wie bisher: welche Handlungen haben wegen mangelnder Widerrechtlichkeit nicht einen Delictscharakter? Ich glaube, die römischen Juristen sahen hier immer nur darauf, ob der Verletzende zu seiner Handlung ein Recht hatte oder nicht.

1. Ulpian sagt fr. 29 § 7 ht., daß der magistratus municipalis, der ja kein Imperium hatte, und deshalb mit Civilklagen belangt werden konnte, für eine Schadenszufügung hafte. Dann fährt er fort:

> siquid tamen magistratus adversus resistentem violentius fecerit, non tenebitur Aquilia: nam et cum pignori servum cepisset et ille se suspenderit nulla datur actio.

Der Gegensatz ist hier offenbar, daß in letzterem Falle der Beamte in Ausübung seines Amtes begriffen war, wie dies auch die pignoris capio andeutet: er war also zu der Handlung, aus welcher das damnum hervorgieng, befugt. Noch deutlicher erklären sich über diesen Punkt Paulus und Julian fr. 12 sq. de peric. et comm. 18, 6. Den Aedilen, welche

---

[2]) Hasse, Culpa S. 25 u. A.

als magistratus minores ebenfalls kein Imperium hatten, steht die Wegepolizei zu. Daß diese sich namentlich auch auf das Freihalten der Passage in den Straßen bezog und sie hier ziemlich freie Hand hatten, sogar demolieren durften, was hinderlich war, lehren fr. un. § 2 § 4 de via publ. et siquis 43, 10, Paulus R. S. 5, 6 § 2. Zweifelhaft aber bleibt immerhin die Befugnis des Aediles, Betten, die auf die Straße gestellt sind und diese sperren, ohne Weiteres zu zerschneiden oder zu zerbrechen. Hat er hier seine Befugnis überschritten (si non iure facit), so geht die Aquilia gegen ihn, nicht aber so lange er sich in den Schranken derselben hält. Ob ein solcher Fall vorliegt ist quaestio facti. Und diese Grundsätze bestätigen die Quellen auch in Bezug auf andere Delicte [3]).

2. Gegen einen widerrechtlichen Angriff sich zu vertheidigen ist erlaubt: fr. 4 pr. ht.

> Itaque si servum tuum latronem insidiantem mihi occidero securus ero: nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere [4]).

In der That liegt hier ein damnum und eine bestimmte, auf Verletzung gerichtete Willensabsicht des Angegriffenen vor. Dennoch wird gegen diesen keine Klage gegeben, weil das „natürliche Recht" der Nothwehr ihm zur Seite steht. Man muß die Nothwehr nach römischer Anschauung als ein Recht des Angegriffenen auffassen [5]) und darf sie nicht so construieren, als ob durch den Angriff die Zurechnung aufgehoben, also diligentia des Angegriffenen nicht mehr erfordert würde [6]). Einmal spricht dafür der Sprachgebrauch: conce-

---

[3]) fr. 13 § 1. § 6. fr. 32 de iniur. 47, 10.

[4]) Coll. 7, 3 § 1. fr. 12 § 1 qd. met. c. 4, 2.

[5]) vgl. Levita, d. Recht der Nothwehr 38 ff. und i. A. Geib, Strafrecht 2, 227.

[6]) Hasse 40 f.

dere und permittere bezeichnen sonst technisch, daß Gesetz oder constitutio personalis ein Recht verleiht, freilich immer mit dem Nebensinne, daß durch dieses Recht die Consequenz des Systems gebrochen wird [7]). Und ferner zeigt dies Paulus fr. 45 § 4 ht.:

> Sed si defendendi mei causa lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed praetereuntem percussero, tenebor lege Aquilia: illum enim solum qui vim infert ferire conceditur etc.

Es wäre unrichtig so zu entscheiden, wenn die Zurechnung durch die Nothwehr aufgehoben würde.

Wie hier durch „natürliches Rechtsgefühl" dem Angegriffenen die Befugnis ertheilt wird, so ist dem Bestohlenen das Recht zur Tödtung des fur nocturnus durch die XII Tafeln beigelegt, um seine Flucht mit der gestohlenen Sache zu verhindern [8]). Diese Befugnis greift denn doch über die Grenze hinaus, welche das moderne Rechtsgefühl der Nothwehr gezogen hat [9]), und auch die römischen Juristen haben das Gesetz zu beschränken gesucht [10]). Jedesfalls kann hier von einer unüberlegten That keine Rede sein. Die Straf-

---

[7]) So fr. 1 pr. § 1 qd. cuiusc. univ. 3, 4: concessum est, permissum est corpus habere. fr. 2 de iurisd. 2, 1: cui iurisdictio data est ea quoque concessa esse videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potuit. fr. 5 pr. de H. P. 5, 3: causa autem cognita etsi non talis data sit satisdatio, sed solita cautio etiam post litem coeptam deminutionem se concessurum Praetor edixit (gestatten, vor Gerichte beschützen). Gai. 1, 43 wird das Recht nach der lex Furia Caninia so oder so viel Sklaven frei zu lassen stets mit permittitur bezeichnet (vgl. Ulp. 1, 24), Gai. 2, 53 f. wird von der usucapio pro herede gesagt: quare omnino tam improba possessio et usucapio sit concessa: warum dieses Recht zugelassen sei; 2, 60 heißt es: sane omnino competit usureceptio, § 61: concessa est. vgl. 3, 151.

[8]) fr. 4 § 1. ht.

[9]) vgl. Cuiac. obss. 14, 15.

[10]) vgl. Levita a. a. O. 48 f.

losigkeit beruht vielmehr auf dem Rechte des Bestohlenen. Ganz analog ist das Recht des Ehemanns, den ertappten Ehebrecher zu tödten[11]); ist derselbe ein Sklave, so muß die lex Aquilia cessieren[12]).

3. Ebenso auf der naturalis ratio beruht die Ausschließung der Haftung in Fällen des Nothstandes. Auch hier müssen wir ein Recht des im Nothstande Befindlichen anerkennen, fremde Rechte zu verletzen[13]). Die moderne Doctrin weicht hier in zwei Richtungen von der römischen Anschauung ab: einmal beschränkt sie den Nothstand vielfach[14]) auf Handlungen, welche zum Schutze des Lebens begangen werden, und andererseits läßt sie durch den Nothstand nur die criminelle Ahndung, nicht die civile Ersatzpflicht aufgehoben werden[15]). In ersterer Beziehung gieng das römische Recht unzweifelhaft viel weiter; in letzterer wurde gegen den im Nothstande Handelnden die Aq. Klage ganz versagt, so daß also auch keine Civilentschädigung gefordert werden konnte. Es ist dies ein Punkt, auf den unten zurückzukommen sein wird. In den Fällen des Nothstandes nun tritt die auf den rechtswidrigen Erfolg gerichtete Absicht noch deutlicher als bei der Nothwehr hervor.

> fr. 29 § 3 h. t. Labeo scribit, si cum vi ventorum navis impulsa esset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicari potuit, nullam actionem dandam[16]).

---

11) fr. 24 ad l. Jul. de adult. 48, 5. Rudorff R. G. 2, 380.

12) fr. 30 pr. ht.

13) vgl. besonders Berner, de impunitate propter summam necessitatem propos. (1861) 8 ff., der allerdings z. Th. auch einen andern Standpunkt für eine große Kategorie von Fällen einnimmt.

14) vgl. Geib, Strafrecht 2, 224.

15) vgl. Hälschner, preuß. Strafrecht 2, 271. 277.

16) Bynkershoek, Obss. 4, 17 p. 111 emendiert diese jedesfalls ver-

Die Matrosen befinden sich hier in einem wahren Nothstande: da ist ihnen erlaubt, sie haben die Befugnis, das formelle Recht behufs eigener Rettung zu verletzen[17]). Ob ein Nothstand im einzelnen Falle wirklich vorliege, ist eine rein thatsächliche Frage und unterliegt dem Beweise. Es ist daher nicht zu verwundern, wenn einige Juristen, wie Labeo, mehr, andere weniger zum Nachweise erforderten. Daraus erklärt sich der nicht wegzuleugnende Widerspruch zwischen fr. 49 § 1 Ulpiani h. t. und fr. 7 § 4 qd vi 43, 24 [18]). Ulpians

dorbene Stelle so: si cum — navis impulsa esset in funes anchorarum alterius nautae et funes praecidisset etc. Der Sinn ist dann, daß das vom Winde getriebene Schiff selbst die Ankertaue zerreißt. Innere Gründe für diese Conjectur sollen sein: Labeo, der nach fr. 7 § 4 qd vi 43, 20 viel weniger leicht einen Nothstand anerkennt als Andere, lasse ihn hier sehr leichtfertig zu, zumal da nach fr. 5 § 4 Ulp. ad exhib. 10, 4 der, welcher seinen am Acker eines Anderen aufgelaufenen Kahn zurückfordert, vorher de damno praeterito et futuro cavieren muß. — Die Conjectur ist m. E. zunächst an sich unhaltbar. Erstens bedeutet nauta zwar bei den Juristen im Gegensatze zum sonstigen Sprachgebrauche öfters den Capitän (Goldschmidt, Ztschr. f. H. R. 3, 60 f.); aber sicherlich ist es ganz unlateinisch, den Capitän für das Schiff zu setzen, wie wir etwa Schiffer gebrauchen; endlich lesen die Basiliken 53, 2, 5[b] (5, 114) dem Sinne nach wie die Florentina: *εἰ δὲ καὶ τῇ βίᾳ τῶν ἀνέμων ἐμπεσεῖ τὸ πλοῖον εἰς ἀλλοτρίους ἀγκύρας καὶ κόψουσιν αὐτὰς οἱ ναῦται, οὐκ ἐνέχονται κ. τ. λ.* Zur Widerlegung der innern Gründe Bynkershoeks weist Moller, selecta quaedam 7 § 2 (bei Oelrichs nov. thes. 2, 2 p. 127 sq.) namentlich darauf hin, daß die Wahrscheinlichkeit eines Zusammenstoßes der Schiffe vorhanden, für beide also die Gefahr gleich groß gewesen sei. Allein an diese Gefahr denkt Ulpian offenbar nicht. Die Heranziehung von fr. 5 § 4 ad extr. ist ganz zwecklos, wie auch Moller hervorhebt: denn dort ist nicht von einer dringenden Noth die Rede. Sonach muß man dem Sinne nach bei der alten L. A. stehen bleiben. Mommsen will nun das zweite si tilgen; gewis mit Recht, sonst stünde das erste ganz in der Luft. Immerhin bleibt potuit auf das entfernte navis bezogen sehr hart. Diese Härte würde gehoben, ohne daß freilich die Construction classisch würde, durch die Umstellung si navis cum etc.

[17]) vgl. auch fr. 16 § 8 de publ. 39, 4.

[18]) ... nisi magna vi cogente factum fuerit (damnum), ut Celsus scribit circa eum, qui incendii arcendi gratia vicinas aedes intercidit:

Meinung muß indes m. E. nicht bloß als die jüngere, sondern auch als die juristisch richtigere maßgebend sein. Es kann sich nur um den Nachweis handeln, daß eine begründete Besorgnis (iustus metus), die größtmögliche Wahrscheinlichkeit für den Verlust des eigenen Rechtes oder Gutes vorhanden war. Anders wird der Beweis überhaupt nicht zu erbringen sein. Eine solche Wahrscheinlichkeit kann aber in dem von Labeo und Ulpian behandelten Falle in gleicher Stärke vorhanden sein, wenn das Feuer erlischt, ehe es zu dem abgerissenen Hause gelangt, wie wenn es bis dahin gelangt ist. Dies ist indessen nur principiell zu verstehen: man darf den Beweis des Nothstandes nicht deshalb abschneiden, weil das Feuer früher erloschen ist. Einer Erleichterung des Beweises ist natürlich nicht das Wort zu reden [19]).

In dieselbe Kategorie mit diesen Fällen gehört auch fr. 9 § 7 de pec. 15, 1 (Ulp.).

> Si ipse servus sese vulneravit non debet hoc damnum deducere (sc. ex peculio), non magis quam si se occiderit vel praecipitaverit: licet enim etiam servis naturaliter in suum corpus saevire.

Die deductio würde hier nur auf Grund der lex Aq. erfol-

nam hic scribit cessare legis Aq. actionem: justo enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit: et sive pervenerit ignis sive ante exstinctus est, existimat legis Aq. actionem cessare. — . . . si tamen quid vi aut clam factum sit, neque ignis usque eo pervenisset, simplilitem aestimandam, si pervenisset absolvi eum oportere. idem ait esse si damni iniuria actum foret etc. vgl. Glück, Commentar 10, 328 ff. und die dort Citierten; Löhr Theorie der Culpa 95 ff.

[19]) Uebrigens ist daran zu erinnern, daß Labeo vor dem Neronischen Brande schrieb, also Rom mit seiner engen und feuergefährlichen Bauart vor Augen hatte. Da war es sehr erklärlich, daß er der Furcht vor dem Brande durch strengere Anforderungen den Vorwand des Nothstandes entziehen wollte. Zur Zeit Ulpians lag dieser Gesichtspunkt ferner. vgl. noch Friedländer, Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms 1, 30 ff.

gen können[20]). Allein die Römer giengen von der Vorstellung aus, daß der Selbstmord an sich keine Folgen für den Selbstmörder haben dürfe, und daß dieses Princip auch auf Sklaven Anwendung finde[21]). Jeder hat also das aus natürlichem Rechtsgefühle hergeleitete Recht, sich selbst zu tödten oder zu verwunden.

4. Endlich kann eine Handlung auch deshalb nicht unter das Gesetz fallen, weil sie auf einer Privatbefugnis beruht. Diese kann der manigfaltigsten Art sein; die Fälle sind daher nicht zu erschöpfen oder unter Kategorien zu bringen. — Die actio soll nach fr. 7 § 4 extr. ht. cessieren, falls der Herr die Tödtung seines Sklaven erlaubt: er begibt sich also des ausschließlichen Verfügungsrechtes über sein Eigenthum zu Gunsten eines Andern. Diese Erlaubnis kann vorhergehen, gleichzeitig sein oder nachfolgen in Form der Ratihabition. Hieher gehört auch theilweise fr. 5 § 3 ht. Der Meister hat das Recht, seinen Lehrling zu züchtigen; auch im römischen Rechte scheint diese Befugnis als eine nothwendige Folge des Lehrcontractes überhaupt angesehen zu sein[22]). — Schwieriger und häufig misverstanden ist fr. 29 § 1 Ulpiani h. t.

> Si protectum meum quod supra domum tuam nullo iure habebam recidisses, posse me tecum damni iniuria agere Proculus scribit. debuisti enim mihi non esse ius protectum habere agere ... aliud est dicendum ex rescripto imperatoris Severi, qui ei, per cuius domum traiectus erat aquaeductus citra servitutem, rescripsit, iure suo

---

[20]) wie im fr. 9 § 1 de pec. leg. 33, 8.

[21]) vgl. vor Allem Wächter, N. Arch. d. Kr. Rechtes, 10, 230 ff. auch Baumhauer, de morte voluntaria 49 ff.

[22]) fr. 16 § 2 de poen. 48, 19. vgl. § 393 A. L. R. 2, 8. Gew. Ordn. § 151.

posse eum intercidere, et merito: interest enim quod hic in suo protexit, ille in alieno fecit.

In beiden Fällen liegt die Zerstörung einer fremden Sache, des Protectum und der Wasserleitung, vor; in beiden Fällen fragt es sich, wie weit der Eigenthümer des von der Servitut bedrohten Grundstückes auf sein Recht gestützt dem Nachbarn einen Schaden zufügen darf. Im Principe wird eine solche Befugnis implicite anerkannt. Den Unterschied in den Entscheidungen des Proculus und des Kaisers Severus erklärt Ulpian daher, daß das Protectum in suo gemacht, die Wasserleitung auf fremdem Grund und Boden angelegt sei. Diese Worte sind wol so zu verstehen[23]), daß nicht jede Beeinträchtigung des reellen oder ideellen Eigenthumes oder Besitzrechtes sofort die Befugnis zur eigenmächtigen Zerstörung gab, sondern diese nur dann gebilligt war, wenn die störende Anlage des Nachbarn ganz in den Besitz des Grundstückseigenthümers übergegangen war. Es ist dies eine unzweifelhafte, aber durch das Nachbarrecht nothwendig gebotene Einschränkung des Eigenthümers. Daher muß das fr. 27 § 32 ht. auch mit dieser Einschränkung verstanden werden: man darf die actio utilis, welche hier dem Eigenthümer der Bausteine einer Wasserleitung auf fremdem Boden wegen Zerstörung dieser gegeben wird, nicht gegen den Grundstückseigenthümer selbst zulassen, wenn nicht etwa eine Servitut vorliegt.

Aus dieser Darstellung ergibt sich, daß die römischen Juristen überall den Nachdruck auf das Recht des Beschädigers legten, daß es ihnen daneben gleichgiltig ist, was verletzt wurde. Vom Standpunkte dieser Stellen aus gewinnt der oft als unzulänglich bezeichnete Satz neues Licht: nemo

[23]) Stölzel, op. novi nunt. 431 ff. Aeltere Erklärungen Suarez S. 112. Noodt c. 19 p. 146. Bynkershoek obss. 4, 16 p. 109. Elvers Servituten 649 f.

damnum facit, nisi qui id facit quod facere ius non habet [24]). Es versteht sich von selbst, daß der Beschädiger sich innerhalb der Schranken seiner Befugnis halten muß. Ueberschreitet er diese, so handelt er ebenso ohne Recht, iniuria, als ob er gar keinen rechtlichen Ausgangspunkt gehabt hätte. Mit einer solchen Ueberschreitung des Privatrechtes oder der durch positive Rechtsregel beigelegten Befugnis wird von den Römern der Fall gleichgestellt, wo zwar die Grenzen des Rechtes innegehalten, aber das Recht dolos zum Nachtheile eines Andern benutzt ist. fr. 39 pr. § 1 Pomponii h. t.

> Q. Mucius scribit: equa cum in alieno pasceretur in cogendo quod praegnas eiecit. quaerebatur, dominus eius possetne cum eo qui coegisset lege Aquilia agere, quia equam in iciendo (eiciendo?) ruperat. si percussisset aut consulto vehementius egisset, visum est agere posse.

Hier haben wir beide Fälle vereinigt: die Ueberschreitung des Rechtes, percutere, und die dolose Handlung in den Grenzen desselben zum Nachtheile eines Andern, consulto vehementius agere. Aus dem einfachen vehementius agere konnte dem Eigenthümer, der fremdes Vieh von seiner Wiese jagt, noch kein Vorwurf gemacht werden, wol aber aus dem consilium. Und damit stimmt eine Reihe anderer Stellen überein:

> fr. 45 § 4 ht. Paulus: Illum .... solum qui vim infert ferire conceditur et hoc si tuendi duntaxat non etiam ulciscendi causa factum sit.

---

[24]) fr. 151 de R. J. fr. 3 § 2 de hom. lib. exh. 43, 29. fr. 155 § 1 de R. J. Ich weiß sehr wol, daß ich hier eine Lücke lasse; denn eben die Schranken der Befugnisse im einzelnen Falle festzustellen, hat seine große Schwierigkeit. Doch kam es mir hier nur auf das Princip an: man darf sein Recht stets und in vollem Umfange gebrauchen; jede Beschränkung im Interesse Anderer muß eine positive Grundlage haben.

fr. 2 § 20 vi bon. rapt. Ulp. 47, 8: si publicanus pecus meum abduxerit, dum putat contra legem vectigalis aliquid a me factum, quamvis erraverit, agi tamen cum eo vi bonorum raptorum non posse Labeo ait: sane [si] dolo caret, si tamen ideo inclusit ne pascatur et ut fame periret, etiam utili lege Aquilia.

Die Publicanen hatten gesetzlich[25]) ein privates Pfändungsrecht: handelten sie also im guten Glauben dieses Rechtes, so konnte ihnen kein Raub schuld gegeben werden. Sie überschritten aber ihr Recht einmal, wenn sie das abgepfändete Vieh verhungern ließen, anderestheils, wenn sie in böswilliger Absicht (ne pascatur) von ihrer Befugnis Gebrauch machten.

fr. 27 Marcellus de pign. 20, 1: servum quem quis pignori dederat ex levissima causa vinxit, mox solvit et quia debito non satisfaciebat, creditor minoris servum vendidit .... Ulpianus notat, si ut creditori noceret vinxit tenebitur, si merentem non tenebitur.

Diese Gleichstellung der Rechtsüberschreitung und des dolosen Gebrauches ist durchaus nicht auf die lex Aq. beschränkt. Wer auf seinem Grundstücke einen Brunnen gräbt lediglich in der Absicht, damit seinem Nachbarn das Wasser zu entziehen[26]), wer eine Vorkehrung trifft, daß seinem Nachbarn das Regenwasser nicht zufließe, in der Absicht, ihm damit zu schaden[27]), haftet für den Ersatz, obgleich er ohne den Dolus nicht haften würde[28]). Der Herr hat das Recht der plenis-

[25]) Gai. 4, 28. dazu Mommsen, Stadtrechte 474. Rudorff RG. 1, 103.

[26]) fr. 1 § 12 de aq. pluv. 39, 3. fr. 24 § 12 de damn. inf. 39, 2.

[27]) fr. 2 § 9 de aq. pl. 39, 3. fr. 38 de R. V. 6, 1.

[28]) c. 10 de serv. et aq. 3, 34. Es ließe sich dieser Gedanke auch wol zur Erklärung solcher Stellen wie fr. 53 § 4. fr. 59. fr. 15 § 2 de furt. 47, 2 verwerthen. vgl. Ziebarth, Realexecution 135 ff. Die im

sima coercitio auch des im Nießbrauche stehenden Sklaven. Doch darf er von diesem Rechte keinen dolosen Gebrauch machen, si modo sine dolo malo faciat [29]), also namentlich darf er dem Nießbraucher seinen Genuß nicht verkümmern.

Bedenklich scheint es mir, diesen Satz zu erweitern und schon da eine Rechtsüberschreitung anzunehmen, wo nachgewiesen wird, daß die auf Grund eines Rechtes ausgeführte, einen Andern schädigende Unternehmung auf eine andere unschädliche Art hätte ins Werk gesetzt werden können [30]). Ein Moment für die Annahme eines Dolus wird darin immer liegen und der Beweis daher nicht abzuschneiden sein. Aber genügen kann derselbe allein nicht den römischen Quellen gegenüber, welchen dolus eine bestimmte, nicht abschwächbare Bedeutung hat. Uebrigens ist allerdings zuzugeben, daß durch das Nachbarverhältnis Modificationen in unseren Satz kommen können. Diese stellen sich aber dann als Ausflüsse eines besonderen, das allgemeine durchkreuzenden Rechtes dar.

Hienach ist also die iniuria etwas rein Subjectives, d. h. etwas, was nur in der Person des Verletzenden vorhanden ist. Und es liegt darin wieder ein Erklärungsgrund für die so häufige Vermischung mit culpa. Das Widerrechtliche der Sachbeschädigung ist daher nicht in dem Rechte, was verletzt, sondern in dem Rechte, was überschritten wird, zu suchen.

Texte besprochenen Stellen scheinen mir unabweislich darzuthun, daß dem Satze vom dolosen Misbrauche eigenes Rechtes eine größere Bedeutung zukömmt, daß er jedesfalls nicht auf „Bauten und Grundstücke" einzuschränken ist, wie dies Sintenis 1, 234 n. 6 will. Allerdings können aus dem Satze chicanöse Streitereien hervorgehen. Doch ist dem wol durch den erforderten Nachweis des Dolus ein leidlich starker Riegel vorgeschoben, und diesen darf man deshalb gewis nicht lockern (s. den Text). Gerade wegen dieses schwierigen Beweises hat man die ganze Bestimmung für nicht sehr praktisch erklärt: Windscheid, Pand. 1, 291 n. 3.

[29]) fr. 17 § 1. vgl. fr. 15 § 1. fr. 27 § 1 de usufr. 7, 1.

[30]) Zirkler, Rechtslexion 3, 108.

Eine ganz andere Frage ist die nach der Natur des zugefügten Schadens, des damnum.

V.

Der zweite für den Thatbestand des damnum ini. d. im Sinne des Aquilischen Gesetzes nothwendige Begriff ist die Zurechnung, d. h. die Beziehung eines rechtswidrigen Ereignisses auf ein bestimmtes Subject als Urheber desselben. Im Allgemeinen bezeichnen die Römer diesen Begriff mit culpa. Doch wäre es unrichtig, beides ganz gleich zu stellen. Eine solche Abstraction wie unsere Zurechnung kennt das römische Recht nicht. Man muß auch hier festhalten, daß culpa im Ganzen mit unserem „Schuld" zusammenfällt. Das Wort bezeichnet daher dasjenige Verhalten einer Person, vermöge dessen sie als Ursache eines (rechtswidrigen) Erfolges angesehen werden muß. Geht man nun die Scala der Zurechnung durch, so scheiden sich vor Allem zwei Kategorien von Fällen, je nachdem der Wille auf Hervorbringung des rechtswidrigen Erfolges gerichtet, dieser gekannt und gewollt ist, dolus, oder der Erfolg zwar nicht gewollt, aber vorausgesehen oder doch vorauszusehen war, culpa. Das Aquilische Gesetz macht indessen principiell keinen Unterschied zwischen doloser und culposer Sachbeschädigung [1]). Dennoch aber wird dieselbe überall als Delict aufgefaßt [2]).

Es fragt sich nun, ob und wie sich der Begriff der culpa im weiteren Sinne, der Zurechnung, bei seiner Anwendung auf das Aquilische Gesetz etwa modificiert. Dabei ist es geboten, den dolus von der culpa getrennt zu behandeln. Denn abgesehen davon, daß der dolus in einzelnen Fällen,

---

[1]) fr. 54 ht.

[2]) Gai. 3, 114. Ich hebe das hervor, weil Bethmann-Hollweg C. P. 1, 173 der Meinung zu sein scheint, zu einem Delict gehöre nothwendig dolus.

wie bereits hervorgehoben, auch selbständige Bedeutung hat, tritt die culpa i. w. S. nur hie und da hervor, jedesfalls nicht als fertiger Begriff; mit diesem würde sich also schlecht operieren lassen.

Die Römer sind weit entfernt, dem dolus einen abstracten Gedanken unterzulegen. Derselbe hat ihnen vielmehr eigentlich keine juristisch technische Bedeutung: sondern bezeichnet ganz allgemein die böswillige Absicht. Schon Hasse[3]) hat sich gegen Donell[4]) erklärt, welcher für den dolus ein durchgreifendes juristisches Princip auffinden will. Die Definition des Aquilius[5]): dolum malum esse cum esset aliud simulatum aliud actum paßt nur schlecht zu dem als Erläuterung vorgetragenen Falle doloser Verleitung zu einem Kaufe; der Definition Labeos[6]): dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam geht der juristische Charakter vollkommen ab. Eine ganz ähnliche Zusammenstellung gibt der Vers[7]): ita omnis meos dolos fallacias praestigias praestrinxit commoditas patris. Doch aber haben Servius und Paulus ganz Recht, wenn sie sich dieser Definition anschließen[8]). Die Verbindung oder Gleichstellung des Dolus mit so unfaßbaren Begriffen wie calliditas[9]), machinatio[10]), fraus[11]), malitia[12]), fallacia[13]), welche sich in ganz

[3]) Culpa 74.

[4]) Comm. 15, 41. p. 823 sqq. (Hanov. 1612.)

[5]) Cic. de off. 3 § 70. top. § 40.

[6]) fr. 1 § 2 de d. m. 4, 3.

[7]) bei Cic. de N. D. 3 § 75.

[8]) fr. 1 § 2 c. de d. m. Paulus, R. S. 1, 8 § 1.

[9]) fr. 3 pr. de serv. corr. 11, 3. fr. 12 § 3 de lib. c. 40, 12. fr. 2 extr. de proxen. 50, 14.

[10]) fr. 36 de V. O. 45, 1. c. 3. de plus pet. 3, 10.

[11]) fr. 7 § 1 de I. I. R. 4, 1.

[12]) fr. 4 § 26 de d. m. exc. 44, 4.

[13]) fr. 3 de pign. act. 13, 7.

ähnlicher Weise auch bei nichtjuristischen Schriftstellern findet[14]), machen es wahrscheinlich, daß man hier wie dort überhaupt keine feste Begriffsbestimmung hatte und wollte, sondern das Richtige zu finden im einzelnen Falle dem juristischen Tacte des Richters überließ[15]). Schon hieraus ergibt sich, daß es unrichtig ist, dolus nur auf illegale Handlungen zu beziehen, während culpa lata auf Unterlassungen gehen soll[16]). Das dafür hauptsächlich angeführte fr. 7 ad l. Corn. de sic. 48, 8 beweist dies keineswegs.

> In lege Cornelia dolus pro facto accipitur, nec in hac lege culpa lata pro dolo accipitur. Quare siquis alto se praecipitaverit et super alium venerit eumque occiderit .... ad huius legis coercitionem non pertinet.

Das angeführte Beispiel widerlegt eigentlich jene Meinung schon. Denn das sich Herabstürzen ist doch gewis eine Handlung. Gar keine Schwierigkeit macht m. E. die Stelle, wenn man annimmt, die Anfangsworte erläuterten den Passus des Gesetzes, wo von der gleichen Bestrafung der Anstifter und Gehilfen mit dem Mörder die Rede war: es soll jedes die Tödtung mittelbar, absichtlich fördernde Verhalten wie die That selbst angesehen werden[17]). Hier aber schneidet denn Paulus den Irrthum ab, der durch Uebertragung civilrechtlicher Kategorien auf das Strafrecht sehr leicht hervorgerufen werden konnte, als ob wie im Civilrechte auch bei dieser Lex culpa lata unter dolus mitverstanden werde. Darüber aber,

---

[14]) Sall. Cat. 26, 2: dolus aut astutiae. Caes. B. G. 4, 13: dolus et insidiae.

[15]) vgl. Savigny, Syst. 3, 117 ff.

[16]) Löhr, Beiträge zur Theorie der Culpa 34 ff. aber Hasse, Culpa 79 ff.

[17]) Paulus R. S. 5, 23 § 3. fr. 1 § 3 ht. Sanio, obs. ad l. Corn. de sic. p. 8 n. 36. p. 101 sqq. Durch die S. 36 n. 2 angeführten Stellen beweist Löhr allesfalls, daß factum für Handlung gebraucht werden könne, nicht daß es müsse.

ob dieser dolus sich in Handlungen äußern müsse, gibt Paulus gar keine Auskunft. Die Redensart accipere aliquid pro aliquo kann nur bedeuten: ein Wort von einem bestimmten Sinne wird in einem anderen, modificierten Sinne genommen.

Die Culpa pflegt man in culpa in faciendo und in non faciendo, in aquilische und außeraquilische zu scheiden. Erstere Eintheilung bezieht sich auf die Verletzung einer Rechtsvorschrift durch Handlung oder Unterlassung, letztere auf die Fälle, welche zu dem Gebiete der lex Aq. gehören im Gegensatze zu allen übrigen. Zwar nicht dem eigentlichen Grundgedanken nach, aber nach der Absicht derjenigen, die sie aufstellten, fallen beide Eintheilungen zusammen; man hat thatsächlich unter culpa in faciendo nie etwas Anderes als die zum Thatbestande der lex Aq. nothwendige culpa verstanden [18]. Es war deshalb überflüssig, die Unmöglichkeit eines principiellen Unterschiedes zwischen Rechtsverletzungen ex culpa in f. von denen ex culpa in non f. aufzuzeigen [19], und inconsequent, wenn man trotz dem die Scheidung in aquilische und außeraquilische culpa beibehielt. Diese letztere nun beruht auf folgender Betrachtung. Jede Obligation verpflichtet zu einer positiven Leistung; unterbleibt diese, so liegt eine Rechtsverletzung vor. Eine der Obligation zuwider laufende Handlung ist nicht als solche, sondern nur deshalb rechtswidrig, weil in ihr eine Negation der obligatorischen Verpflichtung enthalten ist. Daher ist jede culpa bei der Obligation ein Nichtthun. Bei der Aquilia dagegen bildet die Grundlage der Verpflichtung lediglich die Bürgerpflicht des neminem laedere, die Schonung fremder Rechte; nirgends aber wird Förderung fremder Interessen verlangt. Sie verbietet daher auch nur ein positives Handeln zur Schädigung eines fremden Rech-

[18]) So bezeugt Löhr, Mag. f. GG. u. RW. 4, 488 f.

[19]) Hasse, Culpa 110—125.

tes[20]). Hasse, der diese Distinction besonders vertritt, gesteht selbst zu, daß die culpa unter beiden Gesichtspunkten dieselbe bleibe, daß sie nur ihrer Beziehung nach verändert werde[21]). In der That, wenn die Culpa etwas ganz und gar Subjectives ist, so kann es nichts verschlagen, ob die aus ihr hervorgehende Rechtsverletzung in einer Handlung oder Unterlassung besteht. Damit soll nun aber nicht gesagt sein, daß eine culpose Handlung nicht öfters im Gegensatze zu einer culposen Unterlassung besondere Bedeutung habe. Bei der auf ein dare gerichteten Stipulation ist dieser Unterschied jedesfalls wirksam[22]). Nur muß man diesen Unterschied nicht für eine Nuancierung des Culpabegriffes, sondern des Thatbestandes der Beschädigung gelten lassen. Es ist daher auch eine hier vollkommen abzusondernde Frage, was die lex Aq. zum Thatbestande erfordere, wie das durch sie geahndete damnum herbeigeführt werde: nur darauf kömmt es an, ob die culpa selbst als Grundlage des damnum i. d. eine andere ist, als die bei den Obligationen vorkommende. Hiebei scheint mir

---

[20]) Hasse, Culpa S. 126 ff. aber Zirkler R. L. 96. 103 ff. Keller Pand. (1. Aufl.) § 249 a. E. S. 489.

[21]) a. a. O. 126. Wenn Hasse 128 zwar zugibt, daß eine neglegentia auch bei der l. Aq. vorkomme, aber behauptet, diese sei nicht an sich widerrechtlich, sondern weil sie ein dem Effecte nach widerrechtliches Thun begleite, so scheint mir dies in doppelter Beziehung unzutreffend. Einmal ist die culpa nicht etwas äußerlich zur That hinzukommendes, diese begleitendes, sondern geradezu die Quelle derselben, die Ursache: iniuria ex affectu fit, damnum ex culpa, sagt Paulus fr. 34 de O. et A. 44, 7. Und eben darum wird man andererseits nicht sagen können, die culpa sei an und für sich widerrechtlich. Vielmehr ist widerrechtlich auch bei den Obligationen die aus der Außerachtsetzung der Diligenz entspringende Unterlassung. Daß aber hier schon eine Unterlassung Rechtsnachtheile zur Folge hat, während anderweit Handlungen erfordert werden, ist, wie Schaaff, Abhandl. a. d. Pandectenrechte 1, 17 f. hervorhebt, ein Unterschied, der die Rechte, nicht die culpa angeht.

[22]) fr. 91 de V. O. 45, 1. F. Mommsen, Beiträge zum Obl. Rechte 3, 184.

das Augenmerk namentlich darauf zu richten zu sein, ob die Auffassung der Sachbeschädigung als Delict etwa den Culpabegriff beeinflust habe.

Die römischen Juristen halten sich auch hier fern von jeder Abstraction. Ihnen ist die culpa nicht eine sich überall gleichbleibende innere Disposition für die Rechtsverletzung, sondern wie der dolus schließt auch sie sich eng an den concreten Fall an und erscheint darum in den verschiedenartigsten Gestalten. Sie wird definiert als magna neglegentia[23]), und nirgends angedeutet, daß diese Definition auf die Obligationen beschränkt werden solle. Die Zusammenstellung von culpa und neglegentia oder gleichbedeutigen Ausdrücken: segnitia desidia imperitia findet sich denn auch bei nichtjuristischen Autoren sowol wie im Corpus juris mit Bezug auf die manigfaltigsten Rechtsverhältnisse, namentlich auch auf die lex Aq.[24]). An sich würde dies allerdings nicht entscheidend sein. Aber es tritt hinzu, daß die culpa in der lex Aq. gerade ebenso wie bei Verträgen als Außerachtlassung der Diligenz bezeichnet wird. Culpam autem esse, sagt Scävola fr. 31 ht., cum quod a diligenti provideri potue-

[23]) fr. 226 de VS. 50, 16.

[24]) Cic. ad Att. 11, 2: te obtestor ut . . . illam miseram mea culpa et neglegentia tueare. fr. 72 pro soc. 17, 2: socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque neglegentiae. § 9 de soc. 3, 25. § 3 quib. mod. contra obl. 3, 14. fr. 7 § 1 de susp. tut. 26, 10: si fraus non sit admissa sed lata neglegentia. Coll. 12, 5 § 2: sed ei qui non data opera incendium fecerit plerumque ignoscitur, nisi in lata et incauta neglegentia et lascivia fuit. vgl. fr. 11 de incend. 47, 9. fr. 22 § 3 ad SC. Treb. 36, 1: sed et si cum distrahere deberet non fecit lata culpa, non levi et rebus suis consueta neglegentia. fr. 1 § 2 si is qui test. 47, 4: culpa autem neglegentiaque servi post libertatem excusata est. vgl. noch Gai. 3, 202. fr. 35 de S. P. R. 8, 3. fr. 4 de mag. conv. 27, 8. c. 8 de pign. act. 4, 24. fr. 30 § 3 h. t.

rit non esset provisum. Mit derselben Wendung heißt es fr. 26 § 7 quib. ex c. mai. 4, 6: solemnium enim feriarum rationem (in restitutione) haberi non debere, quia prospicere eas potuerit et debuerit actor, seine Versäumnis also eine unentschuldbare culpa involvieren würde, und fr. 9 § 1 Loc. 19, 2: idem quaerit, si sumptus fecit in fundum, quasi quinquennio fruiturus (sc. is qui a fructuario conduxit), an recipiat? et ait non recepturum, quia hoc (mortem fructuarii) evenire posse prospicere debuit. Wir haben also hier die nämlichen Umschreibungen der Culpa bei Contracten wie beim damnum. fr. 7 § 2 h. t. heißt es:

> Nam et si lapsus aliquis servum alienum onere presserit, Pegasus ait lege Aq. eum teneri ita demum, si vel plus iusto se oneraverit vel neglegentius per lubricum transierit.

Hier wird also ausdrücklich gesagt, der Grund, weshalb das damnum zugerechnet werde, liege in der Unbedachtsamkeit, sich zu schwer zu beladen oder in der Unvorsichtigkeit beim Gehen. Das ist offenbar Vernachlässigung der nöthigen Voraussicht, daß ein Nachtheil entstehen könne: ganz so wie bei Obligationsverhältnissen. Und ganz ähnlich fr. 29 § 2 h. t.: si in potestate nautarum fuit, ne id accideret, nämlich der Zusammenstoß mit einem anderen Schiffe; fr. 30 § 3: in eodem crimine est et qui non observavit, ne ignis longius procederet: es wird demnach die Zurechnung in dem einen Falle von einem Mangel der Geschicklichkeit, in dem andern von der Unaufmerksamkeit abhängig gemacht, dieselben Kategorien, wie sie auch in Vertragsverhältnissen die Culpa vertreten müssen. Allerdings sind die meisten der angeführten Beispiele Fälle der erweiterten lex Aq. Gerade das aber halte ich für das Entscheidende. Zunächst ist in dem Gesetze von culpa keine Rede. Die Interpretation hat diesen Begriff erst ergänzt, und ihr fiel daher auch die Aufgabe zu, ihn näher zu

bestimmen und zu entwickeln. Und eigentlich gewinnt die Culpa auch erst in den Fällen der erweiterten lex eine selbständige Bedeutung.

Wenn es nun hienach im Allgemeinen fest steht, daß es nicht im Sinne der römischen Juristen liegt; zwischen aquilischer und außeraquilischer Culpa zu unterscheiden, so ist dem doch noch weiter nachzugehen und sind die Merkmale, welche das Aq. Gesetz für die Zurechnung fordert, aufzusuchen.

1. Eine Culpa, mithin Zurechnung, ist nicht vorhanden, wo überhaupt keine Einsicht und kein Wille vorhanden sind: wer der diligentia unfähig ist, kann sich keiner neglegentia schuldig machen. Daher ist beim furiosus und infans die Haftung ex lege Aq. ausgeschlossen: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit[25]). Aus dieser Begründung ergibt sich, daß eine Haftung des impubes eintritt, sobald er Unterscheidungsvermögen besitzt, doli oder culpae capax ist[26]). Hierin liegt indes nichts der Aquilischen Culpa Eigenthümliches. Denn, wenn uns auch Quellenbelege dafür fehlen, daß in Contractsverhältnissen die culpa nur den culpa capax verpflichtet, so ist dies doch vom dolus und somit für die culpa lata bestimmt bezeugt.

> fr. 1 § 15 dep. 16, 3: an in pupillum, apud quem sine tutoris auctoritate depositum est, depositi actio detur quaeritur. sed probari oportet, si apud doli mali iam capacem deposueris, agi posse si dolum commisit.

Da beim Depositum nur wegen culpa lata gehaftet wird, so ist der Schluß auf die Haftung des impubes doli capax für culpa levis bei anderen Verträgen gewis nicht von der Hand zu weisen[27]).

---

[25]) fr. 5 § 2 h. t.

[26]) fr. 5 § 2 c. fr. 23 de furt. 47, 2.

[27]) vgl. noch fr. 3 § 2 de trib. 14, 4. Savigny, Syst. 3, 415.

2. Nach fr. 7 § 4 ht. fällt es nicht unter die lex Aq., wenn beim Ringen oder einem sonstigen Wettkampfe ein Freigeborener getödtet oder verwundet wird.

> Si quis in colluctatione vel in pancratio vel pugiles dum inter se exercentur alius alium occiderit, siquidem in publico certamine alius alium occiderit, cessat Aquilia, quia gloriae causa et virtutis, non iniuriae gratia videtur damnum datum. hoc autem in servo non procedit, quoniam ingenui solent certare: in filio fam. vulnerato procedit: plane si cedentem vulneraverit erit Aquiliae locus.

Beim Kampfspiele ist an Vorsicht und Schonung des Gegners gar nicht zu denken. Sie werden eben durch die Natur desselben ausgeschlossen: es heißt den Wettkampf ganz aufheben, wenn man nicht die Einsetzung aller Kräfte zur Besiegung des Gegners gestatten will. Sofort aber tritt das Erforderniß der Diligenz wieder hervor, wenn das Kampfspiel beendigt ist, der Gegner weicht. Darum muß denn aber auch ein wirklicher, statlich gutgeheißener Wettkampf gloriae et virtutis causa statthaben. Der Kampf mit einem Sklaven ist nur eine Uebung; ihn zu besiegen bringt keinen Ruhm. Anders wird die Verletzung eines Sklaven beim Ballspiele behandelt.

> fr. 52 § 4 h. t. Cum pila complures luderent quidam ex his servulum cum pilam percipere conaretur impulit: servus cecidit et crus fregit. quaerebatur: an dominus servuli lege Aq. cum eo cuius impulsu ceciderat agere potest? respondi non posse, cum casu magis quam culpa videretur factum.

Hier soll die Vermuthung für den Zufall sprechen. Das Ballspiel gehört aber nicht, wie das Ringen, zu den ausgezeichneten Spielen, welche vom Verbote der Geldspiele ausge-

nommen waren[28]), quod virtutis causa fierent. Für dieses bedarf es also jener Einschränkung auf die ingenui nicht. Dennoch bleibt der Gesichtspunkt derselbe wie in fr. 7 c. Durch die Natur des Spieles ist die Diligenz ausgeschlossen: die Spieler der einen Partei suchen die der andern auf jede Weise am Fangen oder Aufnehmen des Balles zu hindern, wobei es denn natürlich nicht ohne Stoß und Sturz abgeht[29]). Eine Verletzung, die ein solcher immerhin ungeschickter oder ungeschlachter Stoß herbeiführt, soll nicht als aus einer culpa entsprungen angesehen werden. Bei dergleichen öffentlich gebilligten oder herkömmlichen Spielen fällt also die sonst allenthalben durchgreifende Regel weg: lusus quoque noxius in culpa est, fr. 10 h. t.[30]), oder non debet esse impunitus lusus tam perniciosus, fr. 50 § 4 h. t. Sie bedeutet: daß wer eine für Andere gefährliche Probe seiner Kraft oder Geschicklichkeit ablegen will für alle Folgen haftet, die daraus entstehen. Denn schon dieser lusus an sich, kann man sagen, culpae adnumeratur, ähnlich wie die imperitia haftpflichtig macht. Man könnte, um diese Abweichung juristisch zu er-

---

28) fr. 2 § 1 de aleat. 11, 5.

29) Die hier vorausgesetzte Art des Ballspieles ist das Harpastum oder Phainindaspiel: vgl. Galen *περὶ μικρᾶς σφαίρας* c. 2 p. 902 (Kühn) *ὅταν γὰρ συνιστάμενοι πρὸς ἀλλήλους καὶ ἀποκωλύοντες ὑφαρπάσαι* (percipere) *τὸν μεταξὺ διαπονῶσι, μέγιστον καὶ σφοδρώτατον αὐτὸ καθίσταται, πολλοῖς μὲν τραχηλισμοῖς, πολλαῖς δ' ἀντιλήψεσι παλαιστικαῖς ἀναμεμιγμένον.* Antiphanes bei Athenaeus 1, 26 (ed. Meinecke): *τοῦ δ' ἐξέκρουσε, τὸν δ' ἀνέστησεν πάλιν* (impulit). vgl. Schweighäuser ad h. l. 6, 128 f. Becker, Gallus (v. Rein) 3, 100 f.

30) Im Zusammenhange mit fr. 9 § 4 ht. wird sich dieser Sinn etwas modificieren: wenn ein Spieler auch nur im Scherze nach einem vorübergehenden Sklaven wirft, vielleicht gerade um seine Geschicklichkeit dadurch zu beweisen, daß er ihn nicht trifft, so muß er doch für die Folgen haften. fr. 50 § 4 de furt. 47. 2 § 11 de obl. ex del. 4, 3. Denn damit hört der statlich gebilligte ludus auf und fängt der lusus an. vgl. Hasse 132.

klären, eine Art Recht des Spieles construieren[31]). Das würde indessen doch nur uneigentlich zu verstehen sein und keinen juristischen Gesichtspunkt gewähren. Hält man die motivierenden Worte Ulpians in fr. 7 c. mit seiner Definition des damnum i. d. zusammen: quod cum damno iniuriam attulerit, so scheint sich ein neues Moment für die Bestimmung der culpa zu ergeben.

Die beiden mit dem damnum i. d. regelmäßig zusammengestellten Privatvergehen furtum (wovon die rapina nur eine Unterart ist) und iniuria erfordern zu ihrem Thatbestande einen besondern animus: lucri faciendi und iniuriam inferendi. Es ist für die vorliegende Frage gleichgiltig, ob man diesem animus ein selbständiges Dasein neben dem dolus zuschreiben müsse oder nicht: jedesfalls wird man, auch wenn man sich für das letztere entscheidet, denselben als eine besondere Erscheinungsform des dolus anerkennen müssen. In ganz ähnlicher Weise wird nun gerade bei Vergleichung mit diesen Delicten für die Anwendung der lex Aq. ein animus damni dandi erfordert.

> fr. 41 § 1 Ulp. h. t. Interdum evenire eleganter Pomponius ait, ut quis tabulas delendo furti non teneatur, sed tantum damni iniuriae, ut puta si non animo furti faciendi, sed tantum damni dandi delevit.
>
> fr. 14 § 2 Ulp. de praescr. 19, 5: Sed et si calicem argenteum quis in profundum abiecerit damni dandi causa, non lucri faciendi; Pomponius ... scripsit, neque furti neque damni iniuriae actionem esse, in factum tamen agendum.
>
> fr. 4 § 4 Ulp. vi bon. rapt. 47, 8: Sed et siquis ipse turbam convocasset, ut turba servum verbe-

---

[31]) Noodt c. 19 p. 146.

> raret, iniuriae faciendae causa, non damni dandi consilio, locum habet edictum: verum est enim eum qui per iniuriam verberet dolo facere, eum qui causam praebuit damni dandi damnum dedisse.

Es ist schon aus diesen Stellen, namentlich aus dem wiederholten tantum in fr. 41c. klar, daß die lex Aq. ergänzend eingreift; daß sie zu ihrem Thatbestande ein Minus erfordert; so daß jenes Plus, also z. B. der animus lucri faciendi, die actio l. Aq. ausschließt[32]). Ganz unzweideutig spricht dies Gaius 3 § 202 aus:

> sed siquid per lasciviam et non data opera ut furtum committeretur factum sit, videbimus an utilis Aquiliae actio dari debeat, cum per legem Aq. — etiam culpa puniatur.

Daraus folgt denn, daß jener animus damni dandi nicht etwas der l. Aq. Eigenthümliches, sondern ein allgemeines Erforderniß für jede Art der Zurechnung ist, daß er selbst oder ein Analogon auch in jeder culpa stecken muß. Am besten wird man dieses Moment der culpa als Nichtachtung eines fremden Rechtes bezeichnen. Die Motive dieser Nichtachtung können die verschiedenartigsten sein: Uebermuth, wie in § 11 de obl. ex del. 4, 1, ein Scherz, der auf Kosten fremdes Rechtes ausgeführt wird, wie fr. 9 § 4 h. t., ja sogar Mitleiden, § 16 h. t. Ueberall setzt der Schuldige sich in subjectivem Belieben über die Verpflichtung hinweg, Anderer Rechte zu schonen[33]).

Von diesem Standpunkte aus sind nun die obigen Fälle zu beurtheilen. Der Culpa fehlt hier das Moment der Nichtachtung des fremden Rechtes. Zugerechnet werden muß an sich der ungeschickte Stoß, der den Gegner tödtet. Allein da

---

[32]) fr. 22 pr. fr. 37. fr. 50 § 4 de furt. 47, 2.

[33]) So ist denn auch wohl Hasses oben (III, 31) besprochene Meinung zu verstehen, culpa sei jede Anmaßung eines fremden Rechtes.

einerseits der Stat das Spiel, was ihn nothwendig mit sich bringt, billigt und begünstigt, andererseits der Gegner alle Consequenzen durch seine Einlassung übernimmt, so liegt in diesem Stoße nicht wie sonst überall ein willkürlicher Eingriff in eine fremde Rechtssphäre. Dies erläutert sehr anschaulich fr. 45 § 3:

> Cum stramenta ardentia transilirent duo (sc. servi), concurrerunt amboque ceciderunt et alter flamma consumptus est: nihil eo nomine potest agi si non intellegitur, uter ab utro eversus sit.

Die anscheinend in diesen Worten liegende Trivialität, daß nur, wenn dem Ueberlebenden eine culpa nachgewiesen werden könne, eine Klage möglich sei, hat schon Noodt[34]) durch Hinweis auf fr. 10 c. beseitigt. Der Sprung über brennende Stroh- und Heubündel bildete den herkömmlichen Schluß des Palilienfestes[35]), war also ein durchaus erlaubtes Spiel. Eine dabei unterlaufende Verletzung müste demnach als casus behandelt werden. Allein der Zusammenstoß liegt hier nicht in der Natur der Sache; die Spielenden haben nicht von vorn herein die Gewisheit, daß ein solcher erfolgen werde. Kann daher nach erfolgtem Zusammenstoße dem Ueberlebenden eine Unvorsichtigkeit nachgewiesen werden, so muß dieser (oder sein Herr) ex lege Aq. haften.

3. Ein dritter Grund, die Zurechnung aufzuheben, liegt im Principe der Culpacompensation. Dasselbe beherscht das Gebiet der Vertragsverhältnisse nicht weniger als das der Delicte[36]). Den Rechtsgrund für die Zulässigkeit einer solchen Compensation darf man m. E. nicht in dem Satze suchen, daß die eigene Culpa des Beschädigten eine Einwilligung in

[34]) c. 7 p. 128. vgl. Suarez 3, 6. 3 p. 162.

[35]) Ovid. fast. 4, 781. Propert. 4, 4. 71. Pers. 1, 72.

[36]) fr. 57 § 3 de C. E. 18, 1. fr. 36 de d. m. 4, 3. fr. 39 sol. matr. 24, 3. fr. 3. § 3 de eo p. q. 2, 10. c. 28 ad l. Jul. de adult. 9, 9.

den rechtswidrigen Erfolg des Beschädigers in sich schließe[37]). Damit würde die Culpa auf den Willen gestellt. Das ist aber sowol dem römischen Rechte widersprechend, welches durch die Gleichstellung der Culpa mit Neglegenz das Wesen derselben gerade in die Gleichgiltigkeit gegen den Erfolg setzt, als auch mit der neueren Doctrin, die bei der Culpa zwar das beschädigende Ereignis, nicht aber die Consequenzen desselben als gewollt annimmt[38]). Die Quellenbelege für die bekämpfte Meinung erweisen die Richtigkeit nicht: fr. 23 § 8 de aed. ed. 21, 1. fr. 29 § 1. fr. 56 § 1 de evict. 21, 2. fr. 61 § 7 de furt. 47, 2. Wenn dieselben theils ausdrücklich, theils implicite von einem den Erfolg des Schädigers begünstigenden Willen des Beschädigten sprechen, so erscheint dieser doch nicht unmittelbar als Rechtsgrund der Compensation, sondern als Grund für die Annahme einer culpa. Darin, daß der Beschädigte, obwol ihm ein anderer sicherer Weg offen stand, den ungünstigeren wählt, liegt ein Mangel an Umsicht, eine Neglegenz, welche gegen die culpa des Beschädigers compensiert werden muß. Ueber den juristischen Grund dieser Compensation sagen die Stellen nichts. Eine Stelle, fr. 29 § 1 cit., scheint mir sogar gegen jene Meinung zu sprechen. Danach soll der Regreß wegen Eviction dann wegfallen, wenn der Käufer ex possessore petitor factus est und nun mit dem petitorischen Rechtsmittel nicht durchdringt, während er sich als Beklagter im Besitze hätte behaupten können: sed ita si culpa vel sponte duplae stipulatoris possessio amissa fuerit. Ich kann nun in dem sponte nicht eine Umschreibung der culpa finden; vielmehr hat jedes Wort seinen besonderen Sinn: aus einem Besitzer kann man durch freiwilliges Aufgeben des Besitzes oder durch nicht gehörige

[37]) Demelius, Jahrb. f. Dogmatik 5, 67 f.
[38]) vgl. Geib, Strafrecht 2, 272 ff.

Vertheidigung in possessorio zum Nichtbesitzer werden. So würde hier also gerade der Wille von der Culpa unterschieden. — Den wahren Rechtsgrund für die Culpacompensation glaube ich immer noch darin finden zu müssen, daß die neglegentia des Beschädigten den Causalzusammenhang zwischen der Culpa des Schädigers und dem damnum in Frage stellt. Hierauf ist unten näher zurückzukommen; für jetzt genügt es, die Compensation als etwas Natürliches zu betrachten[39]).

In einer für das Aquilische Gesetz unmittelbar verwerthbaren Form spricht Pomponius fr. 20 de R. 3. 50, 17 jenen Grundsatz aus:

> Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire.

Und einen reinen Anwendungsfall desselben gibt Paulus, R. S. 1, 15 § 3:

> Ei qui irritatu suo feram bestiam vel quamcunque aliam quadrupedem in se proritaverit, eaque damnum dederit[40]) neque in eius dominum neque in custodem actio datur.

Und dieselbe Anschauung liegt auch Ulpians Worten fr. 11 pr. extr. zu Grunde:

> quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere,

falls nämlich der Barbier gestoßen wird und ihn in Folge dessen verletzt; und ebenso der Entscheidung Alfens fr. 52 § 3 extr. h. t. Allein auch andere Fälle wird man trotz neuer-

[39]) Mommsen, Beiträge 2, 157.

[40]) Gar nicht abzusehen ist, warum Huschke (Jurispr. antei. 352) diese Worte in itaque damnum ceperit ändert, da doch fr. 1 § 6 si quadr. 9, 1, das er selbst citiert, damnum dare von Thieren gebraucht wird.

lichem Widerspruche hieher ziehen müssen. So namentlich fr. 52 pr. h. t.

> Si ex plagis servus mortuus esset neque id ... domini neglegentia accidisset, recte de iniuria occiso eo agitur.

Die Sache liegt hier processualisch offenbar so, daß der Herr des Sklaven aus dem ersten Capitel des Gesetzes klagt. Der Beklagte setzt ihm die Einrede entgegen, daß der Sklave in Folge mangelhafter Behandlung gestorben sei. Daß es noch ein drittes Capitel gibt, welches auch eine Klage wegen Verwundung zuläßt, bleibt hier ganz gleichgiltig; es fragt sich nur: compensiert sich hier die culpa des Beklagten, welcher den Sklaven schlug, mit der des Herrn, welcher ihn nicht heilen ließ? Und diese Frage wird bejaht, der Kläger also abgewiesen. Die Erklärung[41]), Alfenus unterscheide so, weil ein Sklave, der wegen Nachlässigkeit des Herrn sterbe, nicht als occisus gelten könne, trifft den Kern der Sache nicht. Denn weshalb gilt er denn nicht dafür, da es doch bekanntlich unerheblich ist, ob die Wunde sofort oder erst nach einiger Zeit zum Tode führt? Sicherlich eben wegen der dazwischentretenden Culpa des Herrn, die den Causalnexus unterbricht. Dies liegt denn auch sehr erkennbar in fr. 30 § 4 h. t.

> Si vulneratus fuerit servus non mortifere, neglegentia autem perierit, de vulnerato actio erit, non de occiso.

Es ist jedoch bei allen diesen Entscheidungen streng fest zu halten, daß die Culpa etwas durchaus Subjectives ist, daß daher nur die beiderseitige Unachtsamkeit, nicht eine beiderseitige Rechtsverletzung compensiert wird, wenn es sich nicht etwa um einen Fall der Nothwehr oder sonst eines eigenen

---

[41]) Demelius a. a. O. 70.

Rechtes handelt. Denn dadurch würde die Selbsthilfe geradezu sanctioniert werden[42]).

Die Regel von der Culpacompensation leidet eine Ausnahme, wenn der Beschädiger in dolo ist[43]). Denn compensieren kann man nur etwas qualitativ Gleiches. Dolus und Culpa sind aber durchaus ungleichartig[44]). Daraus folgt denn, daß wenn beide: der Beschädigte und der Schädiger, in dolo sind, ebenfalls eine Compensation stattfinden muß. Sehr zweifelhaft ist es dagegen, ob in dieser Rücksicht eine Gleichstellung der culpa lata mit dem dolus zulässig ist, und also auch jene gegen diesen compensiert werden darf. Die hier in Frage stehenden Fälle haben mit den oben besprochenen eine unverkennbare Aehnlichkeit, in welchen der an sich Berechtigte durch dolosen Misbrauch seines Rechtes sich ins Unrecht setzt. Schon dort muste eine Erweiterung des Dolus nach Seite der lata culpa abgewiesen werden. Und hier scheint mir dasselbe geboten. Die Quellen, soweit sie sich über unsere Frage äußern, gebrauchen die vorzugsweise für den dolus technischen Ausdrücke: fr. 31 ht. geradezu dolus, fr. 9 § 4 ht. data opera, fr. 45 § 1 de A. E. V. 19, 1 sciens. Der sonstigen civilrechtlichen Gleichstellung von dolus und lata culpa widerspricht diese Einschränkung nicht. Die lex Aq. erkennt überhaupt keine Grade der Culpa an: wenn sie also dem Dolus in irgend einer Weise besondere Wichtigkeit beilegt, so ist man durch nichts berechtigt, die sonst üblichen Kategorien hieher zu übertragen[45]).

---

[42]) Quintil. decl. 13. Noodt c. 19 p. 146.

[43]) fr. 9 § 4 extr. fr. 3, 1 h. t.

[44]) Diesen Gedanken scheint Dernburg, Compens. S. 324, ebenfalls anzuerkennen. Demelius 82 f. will die Ausnahme darauf zurückführen, daß dem Dolosen vielfach Erleichterungen und Ausgleichungen versagt sind, welche dem Culposen zustehen.

[45]) vgl. auch Demelius a. a. O. 72 f.

Im Wesentlichen gehört zu dieser ganzen Frage auch der von Alfenus fr. 52 § 1 ht. entschiedene Fall. Doch kommen hier noch andere Gesichtspunkte zur Anwendung, so daß er passend am Schlusse behandelt wird.

> Tabernarius in semita noctu supra lapidem lucernam posuerat: quidam praeteriens eam sustulerat: tabernarius eum consecutus lucernam reposcebat et fugientem retinebat: ille flagello quod in manu habebat in quo dolor[46]) inerat verberare tabernarium coeperat ut ille mitteret: ex eo maiore rixa facta tabernarius ei qui lucernam sustulerat, oculum effoderat.

Die Entscheidung dieses Falles beruht offenbar auf folgenden Erwägungen. Der Gastwirth, dem seine Laterne weggenommen wird, ist im Rechte, wenn er dem Diebe nachsetzt, um sie wieder zu erlangen[47]). Aber eben nur sein Eigenthum dem Diebe zu entreißen ist er befugt, nicht auch denselben für die Missethat abzustrafen. Damit würde er sein Recht überschreiten und also für den entstandenen Schaden haften. Anders beim Diebe: er hat kein Recht, sich gegen den Verfolger zu vertheidigen, so lange dieser nur sein Recht wahrt. Provociert er daher einen Streit (maior rixa) durch einen Schlag, so hat er alle Folgen seiner Unbedachtsamkeit zu tragen; er kann also auch keinen Ersatz fordern, wenn ihm der Wirth das Auge ausschlägt. Der Unterschied dieses Falles der Culpacompensation von dem vorher angeführten liegt darin, daß die culpa des Beschädigten hier vorausgeht und nicht im unmittelbarsten Causalnexus zu der des Schädigers steht. Beides kann indes für die juristische Beurtheilung keinen Unter-

---

[46]) s. Mommsen zu fr. 1 § 7 si quadr. 9, 1.

[47]) Ein Recht der Nothwehr möchte ich hier freilich nicht annehmen, wie Demelius 61 will.

schied machen. Anders wendet sich die Sache wieder, wenn der Streit zwar vom Diebe muthwillig herbeigeführt ist, nun aber der Wirth mit Vorbedacht ihm eine Wunde beibringt, z. B. wenn er überwunden am Boden liegt. Denn den Dolus kann die Culpa des Diebes nicht aufwiegen.

VI.

Versuchen wir nun die Grenze zwischen der Zurechnung und dem Zufalle, culpa und casus, zu bestimmen. Nach dem Aquilischen Gesetze wird auch für levissima culpa gehaftet, d. h. die Zurechnung geht bis an die Grenze des Zufalles. Dies sagt Ulpian in dem berühmten fr. 44 pr. h. t.

In lege Aquilia et levissima culpa venit,

und § 2 h. t. erläutert dies dahin, daß ein zufälliges damnum frei sei, jede culpa aber geahndet werde [1]). Es fragt sich nun aber, was denn levissima culpa sei. Denn es ist von vorn herein klar, daß der Satz Ulpians nicht jede geringste Nachlässigkeit, welche einen Vermögensnachtheil zur Folge hat, unter das Gesetz ziehen wollte. Man pflegt heutzutage gewöhnlich als Grenze der Zurechnung gegen den Casus, die sog. culpa levis, die Außerachtlassung der Sorgfalt eines bonus pater familias zu betrachten. Indes hat man neuerdings diese Lehre auch für die lex Aq. anfechten wollen und behauptet, es komme hier überall auf individuelle Verhältnisse an, so daß bald weniger als die gewöhnliche Diligenz, bald außergewöhnliche Tüchtigkeit verlangt werde, um den Vorwurf culposes Verhaltens abzuwenden [2]). Die Quellenbeweise für diese Anschauung sollen nachher geprüft werden. Zunächst ist

---

[1]) Beispiele weitgehender Haftung § 8 h. t. fr. 1 § 5 si quadr. 9, 1 fr. 5 § 11 qd. ui. 43, 24.

[2]) Schaaff, Abhandlungen 1, 120 ff. Windscheid hat (Kritische Ueberschau 6, 254 ff. Pand. 1, 236 n. 5) die Ausführungen Schaaffs als nicht beachtenswerth abgewiesen. In vielen Beziehungen ist dies gewis richtig;

nicht abzusehen, was mit der Beseitigung des bonus pater fam. gewonnen wird. Die Polemik gegen diesen idealen Maßstab für die Diligenz scheint mir im Wesentlichen auf einem Misverständnisse zu beruhen. Denn wenn von dem guten Hausvater u. A. behauptet wird, er werde sich dem Zuge und der Nässe auf einem Schiffe gewis nicht aussetzen, so wird damit den Römern ein Begriff untergeschoben, der wol in einer deutschen Kleinstadt, aber nicht bei ihnen möglich ist. Vielmehr ist die zu Grunde liegende Idee folgende: Die Culpa soll in der Weise bestimmt werden, daß man sich das Verhalten eines seine Geschäfte ordentlich besorgenden Mannes in gleicher Lage vorzustellen und danach die in concreto vorhandene Abweichung oder Uebereinstimmung aufzufinden sucht. Daß auf die Handlungsweise eines bonus p. f. äußere Umstände eben so gut Einfluß üben wie auf die eines leichtfertigen oder genialen Menschen, und daß dieser Einfluß bei Beurtheilung der Handlungsweise berücksichtigt werden müsse, versteht sich von selber. Jedesfalls ist aber derselbe auf verschiedene Menschen ein verschiedener, und um hier einen sicheren Boden zu haben, ist eben ein solcher idealer Durchschnitt, wie ihn der Begriff des bonus p. f. gewährt, wünschenswerth und nothwendig.

Diese Auffassung, welche zugleich einen festen Maßstab und die Möglichkeit einer Rücksichtnahme auf die Besonderheiten des einzelnen Falles darbietet, ist entschieden die des römischen Rechtes. Zwar tritt dies mehr bezüglich der Culpa bei Verträgen hervor, wo die Diligenz des bonus p. f. ganz ausdrücklich als Maßstab genannt wird[3]), doch auch bei der lex Aq. finden sich Spuren.

---

im Ganzen aber muß man doch darauf um so mehr eingehen, als die angeblich „praktischen" Ausführungen von Gensler, Beiträge zur Lehre v. d. Diligenz S. 19 ff. ähnliche Ziele verfolgen.

[3]) Löhr, Beiträge 86 ff.

> fr. 31 Pauli h. t. sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset (ut ramus deiceretur) posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri poterit[4]) non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non posset.

Freilich darf man auf die hervorgehobenen Worte nicht zu großes Gewicht legen[5]). Eine Definition der Culpa, die man fast allgemein in denselben finden will, hat Scävola hier gewis nicht beabsichtigt. Die alternative Stellung der fraglichen Worte zu den folgenden zeigt vielmehr, daß beide Satztheile auf den vorliegenden Fall zu beziehen sind. Providere bezeichnet, was schon Gothofred zu dem vorhergehenden proclamare hinzu denken wollte, Anstalten treffen, um auf die Gefährlichkeit der Passage aufmerksam zu machen[6]). Jedesfalls aber ergeben die Worte, daß die römischen Juristen den ihnen sonst geläufigen Begriff der Diligenz auch hier verwandten. Von derselben Grundlage geht Paulus auch fr. 30 § 4 h. t. aus.

> at si omnia quae oportuit observavit (sc. is qui stipulas in agro comburit) vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa.

Das, was er beobachten muste, ist eben Alles, was ein or=

---

[4]) Mag man lesen quod cum oder cum quod, der Sinn bleibt derselbe, die Construction ist im letzteren Falle etwas besser. S. übrigens Mommsen, z. d. St.

[5]) wie namentlich Hasse, Culpa 68 ff. thut.

[6]) Verschweigen will ich nicht, daß die Basiliken 60, 3. 31 (5, 304) der hier bestrittenen Meinung günstig sind: *ἀμέλεια δέ ἐστι καὶ τὸ μὴ προγνῶναι, ὅπερ ἐπιμελὴς ἠδύνατο προγνῶναι, ἢ τότε ἔκραξεν, ὅτε τὸν κίνδυνον οὐκ ἐνῆν διαφυγεῖν.* Sie bekunden aber zugleich durch die vollständig anakoluthische Satzform, wie unrichtig es ist, die erste Hälfte allgemein, die letzte vom besonderen Falle zu verstehen. Ganz dasselbe gilt vom Scholion z. d. Stelle.

dentlicher Mensch bei solcher Gelegenheit zu beobachten pflegt. Aus der Individualität des Falles ist hier gar kein Maßstab zu gewinnen. — Die abstracte Diligenz, wie sie in diesen Fällen erscheint, modificiert sich nun aber nach den besonderen Verhältnissen. Der Usufructuar darf nach fr. 17 § 1 de usufr. 7, 1 über den Sklaven eine levis castigatio verhängen; nach fr. 7 § 5 h. t. indes haftet der ex lege Aq., qui servum aegrotum leviter percusserit et is obierit: quia aliud alii mortiferum esse solet. Ist der Sklave krank, so darf demnach der Nießbraucher von seinem Rechte keinen Gebrauch machen: denn er muß sich sagen, daß ein Schlag schädliche Folgen haben könnte. Beide Vorschriften, wird man sagen müssen, bestimmen ebenso im Allgemeinen, wie die aus der Kreuzung sich ergebende für den Einzelfall lediglich das Verhalten des bonus p. f.

In den bei weitem häufigsten Fällen wird man nicht mit diesem abstracten Maßstabe durchkommen: man wird es mit der concreten Erscheinungsform des b. p. f. als Arzt, Künstler, Schiffer, Fuhrmann u. s. w. zu thun haben. Und hier wird man den für einen b. p. f. halten, der seinen Platz genügend ausfüllt, also da culpa finden, wo berechtigten Erwartungen und Anforderungen nicht entsprochen wird.

In diesem Zusammenhange wird es auch deutlich werden, daß der von den älteren Rechtslehrern übereinstimmend festgehaltene Satz: daß für culpa in faciendo gewöhnlich, für culpa in non faciendo nur dann gehaftet werde, wenn der Schuldige zum Handeln verpflichtet gewesen wäre, nicht ohne alle innere Berechtigung ist [7]). So ausgedrückt wird er allerdings schlechthin abzuweisen sein [8]), schon deshalb, weil der

---

[7]) Statt Aller: Balduin ad l. Aq. (Heineccius 1, 242) Catechesis iuris civ. p. 757.

[8]) Hasse, Culpa 123 f.

Unterschied von Thun und Lassen für die Culpa im Allgemeinen nicht in Betracht kömmt. Allein es ist andererseits unrichtig, einem Rechtsverhältnisse, unter dem der Handelnde steht, jeden Einfluß auf die Handlungsweise des bonus p. f. und damit auf die Beurtheilung der culpa gänzlich abzusprechen. Der als proreta angestellte (geheuerte) Matrose haftet ex l. Aq., wenn er nicht gehörig ausschaut, so daß das Schiff mit einem andern zusammenstößt und dies in den Grund bohrt: nicht weil er zum Thun verpflichtet war, sondern weil er seiner Aufgabe nicht entsprach [9]). Der Arzt, welcher den Kranken zu behandeln aufhört, haftet, falls dieser stirbt, nicht sowol weil er verpflichtet war, den Kranken zu besuchen (wenn es dessen Zustand gestattet, mag er wegbleiben), als wegen der imperitia, die darin liegt, daß er die weitere Heilung der Natur überließ [10]). Und das bestätigt Coll. 12, 7 § 7 direct: der Sklave, welcher am Hochofen wachen soll, wird dadurch zu positiver Thätigkeit verpflichtet: verabsäumt er diese, so ist er in culpa, quia neglegenter custodiit,

> nec quisquam dixerit, in eo ... rem eum humanam et naturalem passum, cum deberet vel ignem exstinguere vel ita munire, ut non evagaretur.

Es ist allerdings im Principe richtig [11]), daß die lex Aq. nur „allgemeine Zurechnung" erfordere: aber zugleich bringt dieser Ausdruck eine Abstraction in das römische Recht, welche diesem völlig unbekannt ist: die Römer wissen eben nichts von Zurechnung, sondern nur von culpa oder neglegentia in ihren manigfaltigen Erscheinungsformen, sie wissen von keinem idealen Menschen, sondern nur von einem pater fam., der sich in den verschiedenartigsten Stellungen befinden und von den verschiedenartigsten äußeren Umständen beeinflust werden

---

[9]) fr. 29 § 1 ht.
[10]) fr. 8 ht.
[11]) Hasse, Culpa 64.

kann. Auf der anderen Seite findet diese allgemeine Zurechnung ihr nothwendiges Complement in dem „an sich widerrechtlichen Schaden“[12]), mit dem ebenfalls nicht viel anzufangen ist.

Der Unterschied der eben entwickelten von der bekämpften Meinung zeigt sich im praktischen Ergebnisse bis jetzt nicht als zu groß. Aber doch wol nur deshalb, weil die neue Theorie den Namen verwirft, die Sache selbst aber beibehält. Denn wenn das Maß der schuldigen Diligenz aus der Individualität des Einzelfalles entnommen werden soll, so dient ja ebenfalls eine Summe von Pflichten als Maßstab, die so gut wie der bonus pater fam. eine reine Fiction ist. Indes macht jene Ansicht mit Recht darauf aufmerksam, daß um das Vorhandensein einer Culpa zu beurtheilen, eben der ganze Fall ins Auge gefaßt werden muß. Die Frage nach der Zurechnung ist stets eine Thatfrage und unterliegt dem Beweise. Daher sind die Regeln, welche die Quellen geben, nur Anhaltspunkte für den erkennenden Richter bezüglich des Beweises, Präsumptionen[13]). Denn der Beweis kann immer nur thatsächliche Momente betreffen, aus denen es dem Richter überlassen bleibt, auf den juristischen Thatbestand zu schließen. Daher wird sich nach den vorliegenden Fällen die Beurtheilung dieses Thatbestandes häufig verschieden gestalten. So ist es mir z. B. ganz unzweifelhaft, daß um in dem fr. 29 § 7 ht. referierten Falle eine culpa anzunehmen, auch alle fr. 54 de A. E. V. 19, 1 angeführten Erwägungsgründe in Betracht kommen. Auf diese Fragen wird unten zurückzukommen sein.

Jetzt handelt es sich noch um die Quellenbelege für die bestrittene Ansicht. Es muß dieser gegenüber nachgewiesen

---

[12]) ebendas. 25. s. o. IV, 35.

[13]) Hasse 407. Sintenis, Civilrecht 2, 340 n. 67.

werden, daß eine Haftung über die diligentia des guten Hausvaters hinaus nirgends erfordert werde[14]), und es sind die Fälle zu besprechen, in welcher weniger als eine solche Diligenz vorausgesetzt scheint.

1. Man beruft sich zum Beweise der rein individuellen Haftpflicht auf fr. 54 § 1 § 2 de A. R. D. 41, 1:

> Item promittendo nobis liber homo, qui bona fide nobis servit, [ut] emendo vel vendendo vel locando vel conducendo obligari ipso iure poterit, sed damnum dando damni iniuria tenebitur, ut tamen culpam in damno dando exigere debeamus graviorem nec tam[15]) levem, quam ab extraneo.

Man deduciert hier so: Der Extraneus, der sich mit fremden Angelegenheiten zu schaffen macht, haftet nach fr. 8 h. t. für imperitia und infirmitas, beim bona fide serviens fällt der Grund der besonderen Haftpflicht, die Einmischung in fremde Angelegenheiten weg: beide stehen also, abgesehen

---

[14]) Auch Löhr, Mag. f. RW. 4, 478 scheint der Meinung, daß die (objective) Culpa über die omissio diligentiae b. p. f. hinaus angenommen werde, wenn nämlich „der Nachtheil des höchsten Fleißes ungeachtet durch äußere Zufälligkeiten veranlaßt worden". Ausdrücklich aber wird hinzugefügt, daß dies von der subjectiven Culpa (Zurechnung) nicht gelte. Es ist daher — die Möglichkeit einer derartigen Unterscheidung dahin gestellt — der Nutzen dieser Theorie nicht recht abzusehen. Denn eine Schuld, die nicht zugerechnet wird, ist keine Schuld. Löhrs Beweisstellen für die lex Aq. sind außer den im Texte besprochenen fr. 27 § 9. fr. 29 § 4 ht. noch fr. 30 § 3 (darüber s. S. 66) und fr. 52 ht. Das letzte Fragment prüft sehr nüchtern das Vorhandensein der culpa nach den thatsächlichen Verhältnissen. Nirgends aber wird etwas Außergewöhnliches verlangt, sondern nur die sachgemäße Ausführung des übernommenen Geschäftes. Der Herr der scheuenden Maulthiere haftet allerdings, aber wie schon Schol. 8, 13 zu Basil. 60, 3, 52 (5 p. 221) hervorheben, mit der actio de pauperie, welche keine Schuld seinerseits voraussetzt.

[15]) Daß tam und nicht tamen zu lesen, bedarf heutzutage keiner Erörterung mehr.

von dem „Mehr“ der infirmitas und imperitia, in der Haftpflicht gleich. „Mit anderen Worten, der b. f. serviens haftet für culpa in concreto und braucht bloß die Kenntnisse und Kräfte anzuwenden, die ihm gegeben sind.“ Durch diese Interpretation wird der Standpunkt des fr. 54 geradezu umgekehrt. Modestin stellt dort die culpa des b. f. serviens als gravior der des extraneus gegenüber. Die letztere bildet demnach die Grundlage der Beurtheilung, die erstere ist das Abweichende. Der Extraneus haftet nun allerdings für das geringste Versehen. Das ist indes keine Haftung, die über die diligentia des boni patris f. hinaus gienge. Wenn man bedenkt, daß sich die culpa den Römern unter dem concreten Begriffe der Unbedachtsamkeit darstellte, so ist es nur consequent, wenn sie, abgesehen von allen Folgen, schon die unberufene Einmischung in fremde Geschäfte für culpa erklären [16]), ebenso wie die Einlassung auf ein gefährliches Spiel, und wenn sie es mit der Idee des b. pater f. für unvereinbar halten, ein Geschäft zu übernehmen, dem man nicht gewachsen ist [17]). Der extraneus haftet also im fr. 8 c. nicht schlechthin für imperitia und infirmitas, sondern für die Unbedachtsamkeit, welche in der Uebernahme einer Arbeit mit unzureichenden Fähigkeiten oder Kräften liegt [18]). Hienach hat also der b. f. serviens eine geringere Diligenz als die eines guten Hausvaters aufzubieten. Und dafür sprechen ganz klare Billigkeitsrücksichten, deren Gewicht auch sonst nicht verkannt wird [19]).

Solche Fälle, wo eine geringere Diligenz als die sonst zur Vermeidung der levis culpa nothwendig erfordert wird,

---

[16]) fr. 36 de R. J.
[17]) fr. 132 de R. J. Mommsen, Beiträge 3, 366.
[18]) vgl. Roßhirt, Ztschr. f. Civil- u. Criminalr. 2, 56 f.
[19]) fr. 1 § 2 si is qui test. 47, 4. Hasse, Culpa 229 ff.

gibt es noch mehrere. Sie kündigen sich indes freilich nicht gleich dem eben besprochenen als solche an.

> § 4 ht. ... si quis, dum iaculis ludit vel exercitatur, transeuntem servum tuum traiecerit, distinguitur: nam si id a milite quidem in campo eoque ubi solitum est exercitari admissum est, nulla culpa eius intellegitur; si alius tale quid admiserit culpae reus est. idem iuris est et de milite, si is in alio loco quam qui exercitandis militibus destinatus est, id admisit.

Die mildere Behandlung des Soldaten verbirgt sich hier hinter der Präsumption für casus. In der That aber liegt eine Privilegierung desselben vor. Es wird vom Privatmanne, der sich auf dem gewöhnlichen Platze in den Waffen übt, Rücksichtnahme auf die Vorübergehenden verlangt, während der Soldat dazu nicht verpflichtet ist. Der Grund für die strengere Haftung des ersteren ist nach Theophilus: *ἐπειδὴ ἰδιώτης ἐν ὅπλοις γυμνάζεσθαι οὐ νενόμισται.* Diese Entscheidung geht nun offenbar von einem anderen Principe aus als die Parallelstelle fr. 9 § 4 h. t. Ulpiani:

> Sed si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est. sed si cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere[20]).

[20]) Mommsen z. d. Stelle vermuthet, daß vor diesem § den im § 4 J. c. ähnliche Worte ausgefallen seien, welche vom miles gehandelt hätten. Das erfordere die Anknüpfung sed si cum und das alii. Wahrscheinlich ist mir das nicht. Die Anknüpfung mit sed ist eine ganz gewöhnliche und drückt nicht nothwendig einen Gegensatz aus. Das alii kann auch im Gegensatze zu dem Sklaven stehen: während Andere spielen, geht der Sklave über den Platz. Sehr gut lateinisch ist das allerdings nicht, aber auch nicht unerhört. Die Hauptsache aber ist, daß schon die Basiliken die Worte offenbar wie in der Florentina lasen und daß die Scholia den Unterschied von den

Danach wird von Keinem, der am gewöhnlichen Platze sich übt, eine Berücksichtigung der Vorübergehenden erfordert. Die Diligenz ist damit hinlänglich prästiert, wenn der gefährliche lusus am gewöhnlichen, d. h. bekannten und kenntlichen Orte vor sich geht. Was die Institutionen als äußerstes Maß der Sorgfalt beim Soldaten setzen, wird von Ulpian für Alle als äußerstes angesehen. Im Sinne Justinians muß man darum jedesfalls unter den alii des fr. 9 c. milites verstehen. Es scheint indessen, als ob das Princip der Institutionen nicht das des classischen Rechtes wäre. Wir haben mehrfache Entscheidungen, welche sich auf gefährliche und dem Straßenverkehr hinderliche Unternehmungen oder Verrichtungen beziehen. Ueberall, obgleich sich ein gewisses Schwanken der Ansichten verräth, liegt ihnen das Princip zu Grunde, daß wo für dergleichen ein für allemal gewisse Orte angewiesen sind, eine weitere Berücksichtigung der Vorübergehenden nicht geboten ist[21]). Sie stimmen also wesentlich mit Ulpian überein. Die Vermuthung liegt nahe und wird durch die obigen Worte des Theophilus bestätigt, daß Justinian, um den Waffenübungen von Privatpersonen vorzubeugen, ihre Haftpflicht weiter ausdehnte, als sie früher vorhanden war, wie sich auch sonst die Neigung kund gibt, das Pentathlon, abgesehen vom Discuswerfen, als etwas specifisch Militärisches anzusprechen[22]).

Verwandt mit diesen Fällen beschränkter Haftung sind

Institutionen deutlich anmerken: 60, 3. 9 (5, 292): *εἰ δέ τινες ἀκοντίῳ παίζοντες φονεύσουσι, χώρα τῷ Ἀκουιλίῳ, εἰ μὴ ἄρα ἐν κάμπῳ ἠκόντιζον· οὐ γὰρ ὀφείλει παρὰ καιρὸν ἐκεῖθεν ἐπελθεῖν.* u. Schol. 12: *τοῦτο νόει κατὰ τὴν εἰρημένην διαίρεσιν ἰνστ. δ' τ. γ'. ὅτι ἐὰν ἀκοντίῳ παίζων . . . φονεύσω παριόντα δοῦλον εἰ μὲν στρατιώτης εἰμί κ. τ. λ.*

21) fr. 11 pr. fr. 28 pr. ht.

22) vgl. Veget. de R. M. 1, 9. 14. Becker-Marquardt, röm. Alterth. 3, 2. 453 f. vgl. c. Omnem § 9.

die früher besprochenen Fälle des Ringkampfes und des Ballspieles[23]).

2. Aehnlich liegt die Sache auch in fr. 39 § 1 ht.

> Quamvis alienum pecus in agro suo quis deprehendit, sic illud expellere debet, quo modo si suum deprehendisset, quoniam si quid ex ea re damnum cepit[24]) habet proprias actiones . . . sed vel abigere debet sine damno vel admonere dominum, ut suum recipiat.

Pomponius sagt also, daß wer fremdes Vieh auf seinem Acker antrifft, dasselbe so behandeln muß, als wäre es sein eigenes. Hieraus schließt Schaaff[25]), daß es lediglich auf die Diligenz ankomme, welche der Eigenthümer seinem Viehe zuwende; daß also ein besonders kundiger und zarter Eigenthümer auch alle Kenntnis und Zartheit gegen das fremde Vieh zeigen müsse, während der Schwerfällige und Unbeholfene mit seinem eigenen Maße gemessen werde. — Die Worte agere quasi suum scheinen allerdings eine Haftung für diligentia quam in suis rebus anzudeuten. Daraus aber die Folgerungen Schaaffs zu ziehen, scheint mir nicht zuläßig. Der Sinn des Pomponius ist das gewis nicht. Er sagt: obwol Jemand fremdes Vieh auf seiner Wiese antrifft, also, wie man, um das quamvis zu erklären, den Gedankengang ergänzen muß, in vollbe-

---

[23]) In ähnlicher Weise will Zirkler, R. L. 118 auch die anscheinend harte Entscheidung des Paulus fr. 45 § 4 ht. mildern, wonach der in gerechter Nothwehr Handelnde doch haftet, wenn er statt des Angreifers einen Unschuldigen durch einen Steinwurf verletzt. Hier, meint er, sei nicht levissima culpa zu präſtieren. Das Fragment selbst sagt davon nichts, namentlich weist es nirgends, wie Zirkler findet, auf die Zweideutigkeit des gewählten Vertheidigungsmittels, eines Steines hin. Aber der römische Richter mochte allerdings mildernde Gründe annehmen.

[24]) Die Worte sind verdorben. Nach Bas. 60, 3. 39 (5, 310) περὶ ὧν ἐζημίωται liegt aber si quod damnum oder si quid damni näher als Mommsens si quis.

[25]) a. a. O. 123. 201.

rechtigten Eifer gerathen wird, so darf er die Eindringlinge doch nicht anders, d. h. nicht härter als sein Eigenthum behandeln. Das ist das äußerste Maß von Sorgfalt, das man unter den gegebenen Verhältnissen von einem b. pater f. beanspruchen kann. Es soll dadurch einerseits eine anscheinend durch den angerichteten Schaden gerechtfertigte schlechte Behandlung des fremden Viehes ausgeschlossen werden, andererseits aber beweist der erklärende Zusatz: abigere debet sine damno, noch deutlicher die Basiliken: *καὶ διώκειν ἀντὸ πρᾴως ὀφείλει*, daß diese Pflicht keineswegs die Entwickelung besonderer Tüchtigkeit in sich schließt. Wir werden also nicht einmal behaupten können, daß eine culpa in concreto hier ausnahmsweise zugelassen ist. Vielmehr mindern hier äußere Umstände die Sorgfalt des b. pater f.[26]).

3. Viel weniger für seine Thesis beweisend sind die übrigen von Schaaff herangezogenen Stellen. Namentlich trägt er in fr. 29 § 4 h. t. alles Mögliche hinein, was nicht darin liegt.

> Si navis alteram contra se venientem obruisset, aut in gubernatorem aut in ducatorem actionem competere damni iniuriae Alfenus ait: sed si tanta vis navi facta sit, quae temperari non potuit, nullam in dominum dandam actionem: sin autem culpa nautarum id factum sit puto Aquiliae sufficere.

Vergegenwärtigen wir uns die Situation. Vorn auf dem Schiffe steht der ducator (Proreta[27])), um demselben die Richtung anzugeben: er erfüllt eben seine Pflicht, wenn er jedes entgegenkommende Schiff signalisiert und dem Steuermanne zuruft, wie er zu halten habe. Der Steuermann sei-

[26]) Hasse 146.
[27]) Bas. 53, 2. 5c (5, 114): *πρωρεύς*.

nerseits thut nur, was ihm obliegt, wenn er den Anweisungen des Proreta folgt, und sogar, falls er das Schiff nicht allein herumholen kann (si tanta vis navi facta sit), sich einige Matrosen zum Beistande ruft. „Außergewöhnlichste Anspannung durch Tag und Nacht, Wind und Wetter", wie Schaaff meint, wird nicht verlangt. Die beiden Leute werden wohl eben so gut wie die Ofenheizer abgelöst werden. Von besonderen nautischen Kenntnissen, welche Schaaff in dieser Stelle vorausgesetzt findet, ist hiernach keine Rede. Daß indes der Kapitän nur dann als b. pater f. anzusehen ist, wenn er ausreichende nautische Kenntnisse hat, ist selbstverständlich. Er haftet also, wenn in Folge seiner Ignoranz ein Schade geschieht, ebenso wie der Arzt, der ungeschickt operiert. Hierin liegt aber nichts von einer über das Gewöhnliche hinaus gehenden, die Individualität berücksichtigenden Abmessung der Diligenz. Schaaff meint nun aber, auch den Fall umfasse die Stelle, wo Jemand durch gebieterische Umstände auf den Posten eines Leiters des Schiffes berufen sei; gleichwol lasse auch hier Ulpian die Haftung so weit gehen, als das Ausführbare und Mögliche reiche. Ob an einen solchen Fall gedacht sei, erscheint sehr fraglich. fr. 54 § 1 de A. R. D. 41, 1 macht eine andere Entscheidung desselben wahrscheinlich. Es ist nicht wol denkbar, daß ein niederer Schiffsofficier, der nach dem Tode des höheren das Commando des Schiffes übernimmt, und von welchem nach seiner Jugend oder seinem Bildungsgrade keine umfassenden Kenntnisse zu erwarten sind, eben so streng beurtheilt werden soll wie der Kapitän. Einem solchen kann man keinesfalls eine Immixtion zum Vorwurfe machen. Anders stellte sich vielleicht die Frage, wenn statt des Kapitänes der Nächste in das Commando einrückte. Allein mehr Anstrengung als die des b. pater f. wird nirgends verlangt, sondern eben nur treue Berufserfüllung. Mehr darf man nicht aus dem einfachen Satze heraus lesen, der Steuer-

man habe, wenn ein Zusammenstoß drohe, mit aller Kraft gegen den Wind anzukämpfen. Gleiche Grundsätze muß man auch bei Erklärung der übrigen Stellen zu Grunde legen, welche für die individuelle Haftpflicht über die Diligenz des b. pater f. hinaus angeführt werden könnten: fr. 8. fr. 27 § 8. § 9 h. t. § 8 h. t.

Eine positive Bestätigung dieser Ansicht, daß nicht denkbar größte Sorgfalt beansprucht wird, und daß die Diligenz des guten Hausvaters hinter dieser zurückbleibt, scheint mir sich aus fr. 29 § 2 Ulp. h. t. entnehmen zu lassen. Ulpian sagt: wenn durch Schuld der Matrosen ein Schiff gegen das andere gerannt sei, so hafteten diese aus dem Aquilischen Gesetze;

> sed si fune rupto aut cum a nullo regeretur navis incurrisset, cum domino agendum non esse.

Gewis hat Faber[28]) mit vollkommenstem Rechte hervorgehoben, es liege darin, daß ein Kahn steuerlos umhertreibe oder fehlerhafte Ankertaue habe, welche die Last nicht halten könnten, eine culpa des Schiffseigners. Denn dieser habe dafür zu sorgen, daß beides nicht vorkomme. Deshalb will er die Negation vor domino streichen und die Klage zulassen. Allein wenn auch der Gegensatz zwischen den Matrosen, welche haften, und dem Herrn, welcher nicht haftet, immerhin etwas Anstößiges hat, so ist doch die Negation sowol durch die Florentina als durch die Basiliken[29]) so sicher bezeugt, daß man sie unmöglich ausmerzen darf. Das römische Recht geht eben nicht so weit wie es denkbar ist und verpflichtet den dominus nicht zu fortdauernder Aufsicht über das Schiff, so daß es ihm einen Mangel an solcher direct zur Last legte: viel-

---

[28]) Coniect. ad pand. 5, 17 § 2 § 4 (Leyden 1661 p. 123). s. dagegen Bynkershoek, obs. 4, 16 (1, 292 ff.).

[29]) 53, 2. 5 (5, 114).

mehr würde es, um eine Klage zu begründen, des Nachweises der culpa in eligendo bedürfen; der dominus ist auch nicht für das schlechte Geräth auf dem Schiffe verantwortlich; die culpa trifft vielmehr den Schiffer, der davon Gebrauch machte.

Nach allem diesem wird man den Ausspruch Ulpians von der levissima culpa, quae in legem Aquiliam venit, nicht so strict interpretieren dürfen, wie es gewöhnlich geschieht. Denn es gibt ja Fälle, wo äußere Umstände ein Stehenbleiben diesseits der diligentia b. patris f. veranlassen. Ulpian sagt nur, auch die leiseste Abweichung von dem, was im einzelnen Falle zur diligentia b. patris f. erfordert wird, oder wegen besonderer Verhältnisse als nothwendiges Maß der Diligenz gilt, ist genügend, um die Aq. Klage zu begründen. Darin liegt ein Unterschied von den Contractsverhältnissen. Denn dort ist genau bestimmt, welcher Grad der Culpa für die Haftung zureichend und erforderlich sei.

VII.

Hienach wird es möglich sein, zur Erörterung einer vielverhandelten Streitfrage überzugehen, deren Lösung wenigstens nach der einen Seite hin hier versucht werden soll [1]), der Frage, welchen Einfluß ein zwischen den Parteien bestehendes Vertragsverhältnis auf die Haftung ex lege Aq., also auf die Aq. Culpa habe. Der Streit liegt übrigens heutzutage wesentlich anders und einfacher als früher. Es ist jetzt allgemein anerkannt, daß die Aq. Klage frei mit den Contractsklagen concurriert, daß sie sich also nicht, wie viele Aeltere behaupten [2]), lediglich auf außervertragliche Verhältnisse bezieht. Es ist andererseits unleugbar, daß in gewissen Fällen das Bestehen eines Obligationsverhältnisses Einfluß auf die

[1]) Ueber die Concurrenz der Klagen s. u. XI.

[2]) s. die bei Glück, Comm. 10, 310 Citierten.

Beurtheilung der Sachbeschädigungen, insbesondere ihrer Quelle, der Culpa habe [3]). Damit fallen alle Deductionen, die sich nur auf jenes erste Zugeständnis stützen, ohne Weiteres weg, und viele Stellen, die sonst immer in dieser Frage angeführt wurden, verlieren alle Beweiskraft: fr. 18 § 1 Comm. 13, 6. fr. 47 § 1. fr. 48 pro soc. 17, 2. fr. 43 Loc. 19, 2. fr. 16 § 5. fam. erc. 10, 2 [4]). Man wird nun auch nicht mehr damit argumentieren können [5]), daß die lex Aq. Gradeunterschiede der culpa nicht kenne, diese aber in sie hineingetragen würden, wenn man der Obligation einen Einfluß zugestünde. Denn diesem Argumente steht das andere gleichberechtigte gegenüber, es heiße alle Grade der Culpa überflüssig machen, wenn man die Aq. Klage trotz bestehendem Obligationsverhältnisse wegen jedes leichtesten Versehens zulassen wollte [6]). Sonach fragt es sich nur noch, ob jene Fälle, in denen die culpa von äußeren Verhältnissen beeinflust ist, besondere Ausnahmen sind, oder ob ihnen ein Princip zu Grunde liegt, das auch für andere Obligationen maßgebend ist. So ganz einfach mit Ja oder Nein ist m. E. die Frage freilich nicht zu beantworten [7]).

Die Stellen, um die es sich wesentlich handelt, sind folgende.

> fr. 27 § 29 Ulp. h. t. Si calicem diatretum faciendum dedisti si quidem imperitia fregit, damni

---

[3]) vgl. Hagemeister, Mag. f. RW. 3, 145 ff. Löhr das. 173. Vangerow, Pand. 3, 612 ff.

[4]) Löhr, Beiträge 220 n. 2.

[5]) wie doch Vangerow wieder thut.

[6]) Höpfner, Commentar § 1049 z. E. S. 761.

[7]) Die Autoritäten für und wider sind aufgezählt bei Vangerow a. a. O. § 681 Anm. 3, II; zu denen, die den Einfluß verneinen, jetzt noch Windscheid, Pand. 2, 2. 299 n. 2. für das Gegentheil Schaaff 128 sqq. Die von Rudorff zu Puchtas Pand. § 267 m. citierte Schrift von Schnell, de culpa quae dicitur legis Aq. in obligationibus praestanda (1845) habe ich nicht zu erlangen vermocht.

> iniuria tenebitur. si vero non imperitia fregit, sed rimas habebat vitiosas, potest esse excusatus: et ideo plerumque artifices convenire solent, cum eiusmodi materiae dantur, non periculo suo se facere, quae res ex locato tollit actionem et Aquiliae.

Der zur Bearbeitung übergebene Stein bricht bei der sachgemäßen Behandlung seitens eines Künstlers. Dann ist die actio l. Aq. unzulässig, ebenso wie die actio locati: fr. 13 § 5 Loc. 19, 2. Ganz anders würde die Sache liegen, wenn Einer ohne Auftrag an die Bearbeitung des Bechers gieng und dieser — immerhin wegen eines Fehlers im Steine — in Stücke brach.

> fr. 30 § 2 Alfeni Loc. 19, 2: Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione. respondit, vel lege Aquilia vel ex locato recte eum agere: sed lege Aquilia tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset, ex locato etiam si alius eas rupisset cum conductore recte agi.

Hieraus ergibt sich durch sicheres argumentum a contrario, daß weder die actio locati, noch die Aquilia zulässig sein würde, falls das Maulthier unter dem contractlich festgesetzten Maße belastet worden und doch zusammengebrochen wäre [8]); während ohne bestehendes Miethsverhältnis zwischen den Parteien nach fr. 27 § 23 h. t. auch bei ganz unerheblicher Belastung zweifellos die Aq. Klage stattgehabt hätte.

Man hat nun ausgeführt [9]), in den angezogenen Fällen werde die culpa durch den bestehenden Contract ganz aufgehoben, ein sonst culposes Handeln erscheine in Folge desselben

[8]) Hagemeister, a. a. O. S. 160.
[9]) Vangerow, a. a. O. S. 613 ff.

als gerechtfertigt. Solche Fälle dürfe man indessen mit denen nicht verwechseln, wo in der That eine culpa vorhanden sei, nur nicht eine so große, ein so hoher Grad derselben, wie ihn das zwischen den Parteien schwebende Rechtsverhältnis zur Zurechnung, also zur Begründung der Contractsklage erfordere. In diesen habe die lex Aq. auf Grund der geringeren Culpa statt. — Betrachten wir deshalb die in den citierten Stellen entschiedenen Rechtsfälle näher: sie gehen, so viel ich sehe, nicht ganz von denselben Grundsätzen aus und es ist daher nicht richtig, sie ohne Weiteres gleich zu behandeln.

In fr. 30 § 2 c. wird durch die lex contractus dem Miether ausdrücklich das Recht zugebilligt, das Maulthier bis zu einem bestimmten Gewichte zu belasten. So lange er das Maß einhält, ist er demnach in seinem Rechte und thut Niemandem Unrecht. Dies Recht hat, wie oben entwickelt, auch auf die Frage der Schuld ex l. Aq. Einfluß. So lange sich Einer in den Grenzen seiner wie immer zuständigen Befugnis hält, wird ihm kein Vorwurf gemacht. Solche Befugnisse brauchen nicht auf einer besonderen lex zu beruhen, sie können sich auch aus der Natur des Vertrages selbst ergeben.

Der dem fr. 29 c. zu Grunde liegende Gesichtspunkt dagegen ist offenbar derselbe wie in fr. 54 § 2 de A. R. D. 41, 1: die unberufene Befassung mit fremden Angelegenheiten ist an und für sich culpos[10]), der qui se immiscet hat alle Folgen seiner Handlung zu tragen. Diese culpa wird allerdings durch das Vertragsverhältnis der Parteien aufgehoben und damit die Beurtheilung der Schuld eine andere, einfach deshalb, weil überhaupt eine Einmischung nicht mehr vorhan-

[10]) Leist, civ. Studien 2, 5 ff. bekämpft diese Anschauung heftig, da die Gestaltung des Verkehres das Interventionsprincip fordere. Damit kann man aber doch — mindestens für das röm. Recht — den Paulinischen Satz fr. 36 de R. J. nicht aus der Welt schaffen (über pertinere vgl. fr. 181 de V. S.)

den ist. Ist nun ein Schritt weiter ganz unzulässig? Der Socius behandelt eine gemeinschaftliche Sache mit der ihm gewöhnlichen Sorgfalt oder Nachlässigkeit und sie zerbricht. Hier ist in Bezug auf die culpa ebenso wenig res integra. Soll man nun unterscheiden: von Immixtion ist hier freilich keine Rede; denn die Möglichkeit derselben war durch den Vertrag ausgeschlossen: in sofern also wirkt der Vertrag. Aber culpa levis muß der Socius doch ex lege Aq. prästiren: in sofern wirkt der Vertrag, der ihn zu bloßer culpa in concreto verpflichtet, nicht. Nicht bloß diese Trennung, sondern eine noch ausgedehntere Haftung, behauptet Hasse[11]), gestützt auf

> fr. 10 pr. Paul. comm. div. 10, 3. Item quamvis legis Aquiliae actio in heredem non competat, tamen hoc iudicio heres socii praestat (praestet Flor.), si quid defunctus in re communi admisit: quo nomine legis Aquiliae actio nascitur.

Hiernach soll, obwol einerseits die Societät nur diligentia quam suis erfordert, andererseits die Aq. nicht gegen den Erben geht, dennoch die actio comm. div. auch wegen eines aquilischen Versehens gegen die Erben angestellt werden können. Diese Erklärung würde das ganz eigenthümliche Resultat ergeben, daß der Schadensersatz für Sachbeschädigungen, welche Socii culpa levi einander zugefügt haben, von den Erben derselben in vollem Umfange beigetrieben werden könnte, d. h. also, daß der Gesellschafter sich wesentlich schlechter steht, als jeder Extraneus, dessen Erbe nur auf die Bereicherung haftet. Das würde denn doch der Absicht der Parteien und der Auffassung des Societätsverhältnisses bei den Römern zu sehr widersprechen[12]). Paulus sagt nun nichts über die culpa;

[11]) Culpa 132 f.
[12]) vgl. auch Schaaff, Abh. 131 ff.

sie kann daher auch lata sein. Wenigstens entscheidet die Stelle diese Frage in keiner Weise. Der Sinn aber ist ganz einfach: wegen Sachbeschädigung durch einen Socius haftet dessen Erbe mit der actio legis Aq. nicht, wenigstens nur unvollständig; man stellt deshalb nicht die Klage aus diesem ex professo über den Gegenstand handelnden Gesetze, sondern die actio communi div. an, mit welcher man auch gegen die Erben durchdringt. — Besonders entscheidend gegen die Meinung, welche den Einfluß der Obligation leugnet, scheinen mir nun aber die Schlußworte des fr. 29 c. Es heißt dort, die Künstler pflegten bei Uebernahme eines Auftrages, wie das Ausdrehen eines Bechers ist, auszumachen, daß sie nicht die Gefahr trügen. Und durch eine solche Abrede werde nicht bloß die Miethsklage, sondern auch die Aquilische ausgeschlossen. Ein solches Pactum kann nur dahin verstanden werden: der Künstler will den Stein so behandeln, wie er es eben versteht; zerbricht derselbe beim Bohren, so will er deswegen nicht haften. Damit wäre die Zurechnung wegen eines Kunstfehlers, die culpa levis, ausgeschlossen. Der Auftraggeber verzichtet darauf, dem Künstler eine mangelhafte Bearbeitung nachzuweisen und auf diesen Nachweis einen Entschädigungsanspruch zu gründen. Sonst hätte die Verabredung gar keinen Sinn: wegen eines vitio materiae geschehenen Unglückes haftet der Künstler ja ohnehin nicht[13]). Dies rein obligatorische Pactum, das eine geringere Diligenz festsetzt, ändert nun nicht allein das Maß der Culpa im Contracte, sondern bestimmt auch das des Aq. Gesetzes[14]). Sollte das, was durch ausdrückliche Abrede erreicht werden kann, nicht auch dann gelten, wenn das geringere Maß von Diligenz gesetzlich

---

[13]) Auch Suarez 2, 2. 12 § 9 sq. p. 116 versteht das Pactum von Ausschließung der culpa levissima.

[14]) vgl. Dorotheus Sch. 34 zu Bas. 60, 3. 27 (5, 298): *οὐδὲ τῇ λοκάτι οὐδὲ τῷ Ἀκουιλίῳ κατέχονται ἐὰν κλασθῇ τὸ τρυπώμενον.*

angeordnet ist[15])? Denn es ist doch jedesfalls absolut zu verstehen, wenn z. B. beim Depositum nur für culpa lata gehaftet werden soll. Hierin liegt etwas Anderes als in dem Satze qui iure suo utitur neminem laedit[16]). Von einem Rechte, einer Erlaubnis für den einen Contrahenten, ein geringeres Versehen zu begehen, kann keine Rede sein. Vielmehr kömmt es bei allen Obligationsverhältnissen wesentlich auf das quod actum est, d. h. darauf an, was der eine Contrahent, sei es auf Grund besonderer Vereinbarung, sei es nach der Natur des Rechtsgeschäftes vom anderen mit Fug erwarten kann[17]). So erwartet der Socius vom Socius nur diligentia quam suis, der Deponent vom Depositare nur Prästation der lata culpa, und umgekehrt weiß der Depositar, daß er nur wegen grobes Versehens haftet. Sonst würde sich schwerlich jemand zur unentgeltlichen Aufbewahrung fremder Sachen entschließen. Den Parteien steht es natürlich frei, die gesetzlichen Regeln über Prästation der Culpa nach ihrem Gutdünken abzuändern. Ein eigenthümliches Beispiel dafür liefert fr. 29 Alfeni loc. 19, 2. Julian sagt fr. 19 Comm. 13, 6, der Commodatar und der qui servandum aliquid conducit hafte nicht für ein damnum, das der Sache zugefügt werde: qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det? Es muß aber doch möglich sein; denn abgesehen von den Ausnahmsfällen, die Marcell. fr. 41 loc. statuiert, kann auch die Verabredung der Parteien gerade auf diese custodia gerichtet sein.

In lege locationis scriptum erat: redemptor silvam ne . . . quem cingere caedere urere sinito. quaerebatur, utrum redemptor, si quem quid earum

---

[15]) Unterholzner, Schuldverhältnisse 2, 698 g.
[16]) A. M. Hagemeister, Mag. a. a. O. S. 150 ff.
[17]) vgl. Mommsen, Beiträge 3, 371.

> rerum facere vidisset, prohibere deberet, an etiam ita silvam custodire, nequis id facere possit? Respondi: verbum sinere utramque habere significationem, sed locatorem potius id videri voluisse, ut redemptor non solum . . . prohiberet, sed uti curaret et daret operam nequis caederet.

Gerade aus dieser Möglichkeit die Haftung contractsmäßig beliebig weit auszudehnen, selbst in Fällen, wo dies anscheinend unzuläßig ist, ergibt sich mit Nothwendigkeit, daß, wenn die Parteien nichts besonderes über die Diligenz festsetzen, die gesetzliche Diligenz von ihnen gewollt ist. Diese beiderseitige Erwartung würde nun illusorisch, wenn die lex Aq. wegen geringes Versehens zuläßig wäre. In diesem Zusammenhange ist denn auch der von Vangerow für unmöglich gehaltene Beweis zu führen, daß bei Obligationen, welche nur die Prästation von dolus und culpa lata erfordern, jedes geringe Versehen nicht als culpa angesehen sei. Man wird diese schroffe Formulierung überhaupt fallen lassen müssen. Es ist allerdings möglich, eine abstracte Scala der Culpa aufzustellen und dann auszusprechen, daß bei der einen Obligation für lata, bei der anderen für levis, bei der dritten füe concrete culpa gehaftet werde. Aber man darf mit dieser Scala nicht an jede einzelne Obligation herantreten und damit abmessen, für wieviel culpa in diesem Falle gehaftet werde, während noch ein Theil davon übrig bleibt, für welchen nicht gehaftet wird. Vielmehr steht die Sache in der That so: wie bei der levis culpa alles über die gewöhnliche Diligenz hinaus liegende Zufall ist und heißt, nicht bloß dafür gilt, obwol man begrifflich, wie oben gezeigt, sich noch sehr gut eine weiter gehende Diligenz vorstellen kann, so ist es auch, wo lediglich für culpa lata und quam suis gehaftet wird. Was dort aus dem ganzen Systeme des Rechtes sich ergibt, das folgt hier aus dem Willen der Parteien: für diesen ist es aber im ein-

zelnen Falle vollkommen gleichgiltig, ob das Gesetz in einem anderen Falle weitergehende Diligenz vorschreibt. Es ist schon an sich m. E. eine contradictio in adiecto, von einer culpa zu reden, für welche nicht gehaftet wird.

Der so gefundene Grundsatz, daß bei einem zwischen den Parteien bestehenden Obligationsverhältnisse die Aquilische Klage nur auf Grund der in diesem Obligationsverhältnisse zu prästierenden Culpa zulässig ist, leidet nach zwei Seiten hin Beschränkungen, die sich allerdings naturgemäß ergeben.

1. Die Bestimmungen über Prästation der Culpa können sich natürlich nur auf die besonderen Obliegenheiten beziehen, welche aus der Obligation entspringen, nicht aber auch auf solche, welche man so zu sagen als Mensch dem Menschen schuldig ist (Vangerow). Theoretisch ist dies gewis vollkommen richtig; der Depositar soll eben bei Aufbewahrung der Sache culpa lata prästieren, der Socius in allen Gesellschaftsverhältnissen concrete Diligenz. Deshalb muß theoretisch Alles, was außerhalb dieses Vertrags fällt, so beurtheilt werden, als bestünde gar keine Obligation zwischen den Parteien, und folglich kann diese denn auch die Aquilische Culpa nicht beeinflussen. Wenn also ein Socius den Sklaven des anderen culpa levi tödtet, so wird damit der Vertrag in keiner Weise berührt und daher auch die culpa nicht modificiert. Doch scheinen die Römer noch weiter gegangen zu sein und es z. B. nicht unbedingt für eine Vertragsverletzung gehalten zu haben, wenn ein gemeinschaftlicher Sklave getödtet oder verwundet wurde, sondern nur dann, wenn er Gesellschaftszwecken dient[18]):

> fr. 47 § 1 extr. pro soc. 17, 2 [Ulpian. lib. XXX ad Sab.] Si damnum in re communi socius dedit, Aquilia teneri eum et Celsus et Julianus et Pomponius scribunt. — fr. 48 [Paulus lib. VI ad Sab.]:

[18]) vgl. fr. 65 § 13 pro soc. 17, 2.

sed nihilo minus et pro socio tenetur, — fr. 49 [Ulp. lib. XXXI. ad ed.]: si hoc facto societatem laesit, si verbi gratia negotiatorem servum vulneraverit vel occidit.

Nach dem Zusammenhange muß man freilich das hoc facto auf die vorher erwähnte res communis beziehen und den Condicionalsatz als Beschränkung des Hauptsatzes auffassen: so daß also der servus negotiator als eine Unterart der res communes erscheint und der obige Sinn herauskömmt. Allein es ist wol darauf Rücksicht zu nehmen, daß die drei Stellen aus ganz verschiedenen Büchern excerpiert sind und deshalb aus ihrer Zusammenstellung leicht ein Sinn hervorgehen kann, wie ihn weder ihre Verfasser, noch auch die Compilatoren beabsichtigten. Man darf daher das hoc facto allgemein von Verletzung überhaupt verstehen und den mit si eingeleiteten Satz rein als Exemplificierung der laesio rei communis auffassen. Allerdings steht diese Interpretation mit der der Basiliken im Widerspruche. Aber die Scholien des Stephanos beweisen, zu welchen praktisch m. E. ganz unhaltbaren, jedesfalls aber principlosen Consequenzen dieselbe führt[19]). Ueberhaupt wird jener theoretisch sicher richtige Satz in der Anwendung auf große Schwierigkeiten stoßen und dem richterlichen Ermessen ein sehr weiter Spielraum zu lassen sein. Denn es muß sich nun in jedem einzelnen Falle fragen, ob der Schuldige als Mensch oder als Contrahent gehandelt hat. Wenn z. B. der Vormund das Pferd seines Mündels zum Vergnügen reitet und es stürzt in Folge leichtes Versehens: so

[19]) Sch. 2 Bas. 12, 1. 48 (1, 749): *ὥστε εἰ μὴ ἔβλαψε τὴν κοινωνίαν οὐ χώρα τῇ πρὸ σόκιο ἐπὶ τῷ διαφέροντι, ἀλλ' ἐπὶ τῇ βλάβῃ μόνῃ τοῦ σώματος τοῦ οἰκέτου* (um diese Frage handelt es sich in den Digesten gar nicht): *ἢ καὶ θεμάτισον, ἐνταῦθα τὸν ἀναιρεθέντα οἰκέτην διαφέροντα ἰδικῶς ἑνὶ τῶν κοινωνῶν καὶ ὅτι βλάβη τις ἐπὶ τῶν κοινῶν πραγμάτων γίνεσθαι δοκεῖ καὶ ἔνθα τὸν ἰδικῶς μὲν διαφέροντα θατέρῳ τῶν κοινωνῶν ὁ ἕτερος ἔβλαψεν κ. τ. λ.*

haftet der Tutor gewis. Denn er hat das Vermögen des Mündels zu verwalten, nicht dessen Sachen für sich zu benutzen. Allein auch hier können Umstände das Urtheil ändern: der Mündel ist reich genug ein Pferd zu halten, der Vormund reitet es während einer Reise des Pupillen, damit es im Stalle nicht steif werde. Um alle Einwendungen abzuschneiden mag der Reitknecht todtkrank sein. Soll man hier den Vormund für culpa levis haften lassen? Handelt er hier als Mensch, der gern reitet, oder als Vormund, der für das Eigenthum seines Mündels sorgt? Gewis muß man bis zum Gegenbeweise letzteres annehmen[20]).

2. Eine zweite Ausnahme von unserem Satze folgt ebenfalls aus der Natur der Sache. Da Alles auf den Willen der contrahierenden Parteien gestellt werden muß, so kann da von einem Einflusse des Obligationsverhältnisses nicht die Rede sein, wo innerhalb desselben jener Wille nicht vorhanden oder nicht ausgeprägt ist. So hafteten der Precarist und der Feldmesser nur für dolus und culpa lata, nicht weil die Parteien es so wollen oder ihnen rechtlich ein darauf gerichteter Wille zugeschrieben wird, sondern weil hier überhaupt keine eigentlichen Contracte vorlagen[21]). Daher können die Parteien auch keine strengere Haftung ausmachen. Hienach wird man für Sachbeschädigungen nach dem Aq. Gesetze beide auch wegen leichtes Versehens haften lassen[22]). Und ebenso wird es in allen ähnlichen Fällen dieser Art zu halten sein. So erklärt sich fr. 12 § 6. fr. 13 de lib. c. 40, 12, was Vangerow zur Widerlegung der hier vertretenen Meinung anführt.

---

[20]) Aehnlich ist auch der von Sintenis, Civilrecht 2, 332 n. 38 fingierte Fall.

[21]) fr. 1 § 1 si mens. 11, 6. fr. 14 § 11 de furt. 47, 2. Bethmann-Hollweg zu Hasse's Culpa 555 f.

[22]) So auch Hasse, Culpa 237 f. 378 f. A. M. Unterholzner 2, 98 g.

> Si quod damnum mihi dederit, qui ad libertatem proclamat, illo tempore quo bona fide mihi serviebat .... in id mihi condemnabitur. Illud certum est, damnum hoc solum in hac in factum actione deduci, quod dolo, non etiam quod culpa factum sit. ideoque licet absolutus hoc iudicio fuerit, adhuc tamen postea cum eo poterit lege Aquilia agi, cum ea lege etiam culpa teneatur.

Bei der Verhandlung über die Freiheit eines bona fide serviens kann der bisherige putative Eigenthümer seine Ansprüche, die ihm gegen denselben aus dolosen Beschädigungen erwachsen sind, geltend machen: fällt er damit durch, weil er den dolus nicht erweisen kann, so bleibt ihm unbenommen, mit der actio Aq. gegen den nunmehr Freien aus dessen Culpa zu klagen. Natürlich werden hier die oben entwickelten Grundsätze über die mildere Beurtheilung des b. f. serviens zur Hebung kommen müssen. Von einem Obligationsverhältnisse, dem ein Einfluß auf die Culpa zustünde, findet sich nirgends eine Spur. Noch deutlicher wo möglich ist dies bei fr. 1 § 2 si is qui test. lib. 47, 4. Danach soll der testamento Freigelassene, welcher vor dem Erbschaftsantritte Sachen des Erblassers beschädigt hat, nur für dolus und lata culpa haften.

> Proinde siquid damni dedit, sine dolo cessabit ista actio, quamvis alias Aquilia tenetur ob hoc quod damnum qualiterqualiter dederit.

Es wird im § 1 ausdrücklich bevorwortet, daß in diesem Falle eine civile Klage mangle, daß aber die naturalis aequitas verlange, non impunitum esse eum qui hac spe (libertatis testamento ei datae) audacior factus sit. Gerade aber von diesem Gesichtspunkte aus muste die Klage auf dolose Handlungen beschränkt werden. Denn sie allein geben einen Anhalt, eine ungebürliche audacia zu statuieren. Diese prätorische Klage, welche offenbar nur einem dringenden Bedürfnisse ab-

helfen soll und wesentlich pönales Characters ist, kann unmöglich modificierend auf die culpa des Aq. Gesetzes einwirken. Vielmehr tritt sie ihrem subsidiären Charakter gemäß überall in den Hintergrund, wo eine andere Klage eingreift.

Endlich wird noch fr. 5 § 3 h. t. herangezogen.

> Proponitur autem apud eum (Julianum) species talis: sutor, inquit, puero discenti ingenuo filio f. parum bene facienti quod demonstraverit forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero per-(ef-?)funderetur. dicit igitur Julianus iniuriarum quidem actionem non competere .... an ex locato dubitat, quia levis dumtaxat castigatio concessa est docenti: sed lege Aquilia posse agi non dubito: fr. 6: praeceptoris enim nimia saevitia culpae adsignatur.

Schon Löhr [23]) macht gegen Hagemeister, der aus dem Gegensatze des dubitat an und non dubito ein Argument für die hier vertheidigte Meinung ableiten wollte, darauf aufmerksam, daß sie eher für die entgegengesetzte Anschauung spreche; Vangerow nimmt dies auf. Julian zweifelt, ob dem Vater die Miethsklage gegen den Lehrmeister seines Sohnes zustehe; Ulpian zweifelt nicht, daß die Aquilia begründet sei. Also, folgert man, gab es Fälle, wo die Aquilia stattfinden konnte, während die Contractsklage wegen nicht vorhandener hinreichender Culpa unzulässig erschien. Indes diese letztere Behauptung beruht auf einer unrichtigen Uebersetzung der Worte: quia levis dumtaxat castigatio concessa est. Allerdings würde es an sich mit dem Sprachgebrauche vereinbar sein [24]),

[23]) Mag. f. RW. 3, 166 n. 1 a E.

[24]) Ich hebe das hervor und führe einige Beispiele an, weil Heineccius zu Brissonius s. v. 1, 166 diese Bedeutung des Wortes leugnet. vgl. dagegen Hand, Tursellinus 2, 338 f. Gleich saltem, utique ist das Wort z. B. bei Cicero de orat. 1 § 249: cur ergo eidem in iure civili satis

dumtaxat mit wenigstens oder nämlich, und also den ganzen Satz: weil nämlich (wenigstens) eine leichte Züchtigung dem Lehrmeister gestattet ist, wiederzugeben. Dem steht aber einmal die Stellung von dumtaxat zwischen Adjectiv und Substantiv entgegen: es widerstrebt allem Sprachgefühle, hier etwas anderes als die Hervorhebung des ersteren für beabsichtigt zu halten[25]). Andererseits berichtet Ulpian fr. 13 § 4 Loc. 19, 2 die Aeußerung Julians nochmals, und hier sagt dieser geradezu, der Meister habe durch den Schlag mit dem Leisten seine Züchtigungsbefugnis überschritten (quamvis enim magistris levis castigatio concessa sit, tamen hunc modum non tenuisse). Unmöglich also kann er die Ausschließung der Miethsklage in fr. 5 c. gerade mit der Züchtigungsbefugnis motivieren. Gewis hat daher Hagemeister das Richtige getroffen, wenn er in dem dubito an einen Zweifel mit Hinneigung zur Bejahung findet und in dem angefügten Satze gerade die Begründung dieser Hinneigung[26]). Der Zweifelsgrund, der zurückgewiesen wird, war also ein anderer. Sollte den Worten etwa der folgende Gedankengang zu Grunde lie-

---

instructi esse possumus ad hoc duntaxat, ne in nostra patria peregrini atque advenae esse videamur. Vopisc. Prob. 16: addens ut eorum (veteranorum) filii ab anno XVIII., mares duntaxat, ad militiam mitterentur; gleich scilicet Cic. ad Att. 5, 10 § 3. Suet. Oct. 66 und dazu Casaubonus und Ernesti, daher wol auch c. 13 C. Th. de praet. et quaest. 6, 13 c. 109 C. Th. de decur. 12, 1.

[25]) so auch Vollgraff, de l. A. 33. Diese Auslegung bestätigen die Basiliken 60, 3. 5 (5, 266), welche das modice mit Nachdruck an die Spitze stellen: *μετρίως γὰρ ἐφεῖται σωφρονίζειν τῷ διδασκάλῳ*, u. Sch. 3 Bas. 20, 1. 13 (2, 340): *εἰ καὶ τὰ μάλιστα γὰρ τοῖς διδασκάλοις μέτριος συγκεχώρηται σωφρονισμός, ὅμως οὐκ ἀμέτρως αὐτὸν ἐχρῆν πλήττειν.*

[26]) Das ist bekanntlich die im guten Latein allein gebräuchliche Anwendung von dubito an, z. B. Corn. Nep. Thras. 1: si per se virtus sine fortuna ponderanda sit, dubito an hunc primum omnium ponam. vgl. Madvig, Lat. Gramm. § 463 b.

gen? Das Ausschlagen eines Auges ist eine schwere Körperverletzung. Julian konnte schwanken, ob man Ersatz für diese mit der einfachen Miethsklage fordern dürfe, weil es bei dieser doch stets auf den Willen der contrahierenden Parteien ankömmt, hier aber etwas ganz Unerwartetes, außerhalb jeder Berechnung der Contrahenten Liegendes sich ereignet. Allein dieser Zweifel wird damit widerlegt: die Körperverletzung kann als Ueberschreitung des Züchtigungsrechtes angesehen werden. Dieses aber war im Miethsvertrage dem Meister ausdrücklich oder stillschweigend übertragen worden. Er verletzt also den Vertrag, wenn er dasselbe nicht vertragsmäßig, nämlich leviter, modice ausübt.

Bei Erörterung der vorliegenden Streitfrage hat namentlich Hasse[27]) fr. 24 § 5 sol. matr. 24, 3 herangezogen. Ich halte dasselbe durchaus nicht für entscheidend zu Gunsten der von mir gebilligten Meinung; aber so kurz abzufertigen, wie Vangerow es thut, ist das Fragment denn doch nicht.

> Si maritus saevus in servos dotales fuit, videndum, an de hoc possit conveniri. et si quidem tantum in servos uxoris saevus fuit, constat cum teneri hoc nomine: si vero et in suos est natura talis, adhuc dicendum est, immoderatam eius saevitiam hoc iudicio coercendam. quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigat, quam rebus suis exhibet..., attamen saevitia, quae in propriis culpanda est, in alienis coercenda est, hoc est in dotalibus.

Der Sinn der Stelle ist offenbar folgender. Der Ehemann kann wegen grausamer Behandlung der Dotalsklaven mit der actio rei uxoriae belangt werden, einmal wenn er sie allein, nicht auch seine eigenen Sklaven mishandelt, und ferner wenn

27) Culpa 427 ff.

er zwar seine eigenen und die Dotalsklaven mit gleicher, aber mit so großer Grausamkeit behandelt, daß sie ihm auch den ersteren gegenüber zum Vorwurfe gereicht. (Dieser zweite Fall beruht, wie auch das Fragment selbst andeutet, lediglich auf Billigkeitsrücksichten.) Der Mittelfall also, daß der Ehemann gegen beide Arten von Sklaven die gleiche, aber keine übermäßige Sävitia zeigt, begründet die actio rei uxoriae nicht. Denn ihr steht die Einrede entgegen, in rebus dotalibus werde nur concrete Diligenz präſtiert. Die Sävitia nun, die wir eben aus fr. 5 § 3 h. t. kennen gelernt, wird wesentlich in Körperverletzungen der Sklaven bestehen und deshalb recht eigentlich zum Gebiete des Aq. Gesetzes gehören. Wäre also die Meinung Hasses begründet, daß hier bei der a. rei ux. volle „aquilische Imputation" eintreten müsse, so ist gar nicht abzusehen, warum jener Mittelfall nicht als geeignet für die Klage betrachtet wurde. Für seine Annahme macht Hasse die große Ungleichheit geltend, die sonst rücksichtlich der Diligenz zwischen den Ehegatten bestehen würde: denn die Ehefrau haftet allerdings für Beschädigungen von Sachen ihres Mannes ohne Einschränkung ex lege Aq. nach fr. 56 h. t. Allein hier handelt es sich ja um das Eigenthum des Ehemannes, in welchem die Sachen auch verbleiben, selbst wenn sie die Frau mit Wissen und Willen des Mannes gebraucht [28]), während in fr. 24 c. Dotalsachen vorausgesetzt sind, deren Verwaltung mindestens dem Manne zusteht. Von einer großen Ungleichheit ist daher keine Rede.

VIII.

Der dritte hier zu besprechende allgemeinere Begriff ist das damnum. Damnum bezeichnet seiner Etymologie nach (als Particip. Präs. Pass. von dare [1]) das, was Einer aus

[28]) vgl. fr. 27 § 30 h. t.

[1]) Ritschl, Rhein. Mus. N. F. 16, 304 ff.

seinem Vermögen hergibt. Dadurch würde man zunächst auf eine durch Gebenmüssen erlittene Minderung des Vermögens, also auf den Begriff der Geldstrafe geführt. Diese Bedeutung vermuthete schon Huschke [2]) als die ursprünglichste, obwol seine Ableitung von domare entschieden unrichtig ist. Der technische Ausdruck für die körperliche Beschädigung scheint noxia gewesen zu sein [3]). Wenn nun das Wort damnum auf jeden Schaden im Allgemeinen übertragen wurde, so kann das nicht wol anders als durch Vermittelung des Gedankens geschehen sein, daß hier wie dort eine Minderung des Vermögens eintrat. So würde sich denn auch die Ableitung des Wortes von deminuere bei Paulus fr. 3 damn. inf. 39, 2 wenigstens aus dem Begriffe rechtfertigen. Jedesfalls aber steht fest, daß das Wort sich nur auf die Gesammtheit des angetasteten Vermögens, nicht etwa auf die einzelne beschädigte Sache bezog: nicht diese erlitt ein damnum (vielmehr nur eine noxia), sondern das Vermögen, dem sie angehörte. Hienach kann auch das damnum des Aq. Gesetzes keine andere Bedeutung haben. Nur in sofern darf man dasselbe als eine Unterart des damnum überhaupt betrachten, als das Aq. Gesetz einen besonderen Modus vorschreibt, wie die Vermögenseinbuße bewirkt sein muß. Besser ist es, dies damnum als Erscheinungsform aufzufassen. Dies letztere aber doch zu betonen, empfiehlt sich deshalb, weil jedesfalls ein doppeltes damnum bei der Aquilia aus einander gehalten werden muß: das damnum, was die Grundlage der Klage bildet und das, dessen Ersatz mit derselben gefordert wird. Jenes kann sehr gering, fast verschwindend klein sein, dieses unverhältnismäßig größer. Recht anschaulich wird dieser Unterschied namentlich durch fr. 40 Pauli h. t.

---

[2]) Gaius 121.

[3]) fr. 9 de inc. 47, 9. fr. 1 § 1 si quadr. 9, 1. fr. 5 neq. in l. publ. 43, 8. fr. 23 § 4 h. t.

In lege Aquilia, si deletum chirographum mihi esse dicam, in quo sub condicione mihi pecunia debita fuerit et interim testibus quoque id probare possim, qui testes non possunt esse eo tempore, quo condicio extitit, et si summatim re exposita ad suspicionem iudicem adducam, debeam vincere: sed tunc condemnationis exactio competit, cum debiti condicio extiterit: quod si defecerit, condemnatio nullas vires habebit.

Es ist hier anscheinend gegen die Regel verstoßen, daß eine Condemnation niemals an eine Bedingung geknüpft werden dürfe[4]). Denn die actio iudicati kann hier nicht ohne Weiteres auf Grund des Erkenntnisses angestellt werden, sie ist vom Eintritte der der Forderung beigefügten Bedingung abhängig. Das ist aber eben nur ein scheinbarer Widerspruch: durch die Zerstörung des Schuldscheines als einer körperlichen Sache ist die actio Aq. vollbegründet, und darum muß, wenn diese bewiesen wird, die Verurtheilung ohne Anstand erfolgen. Allein das Interesse, die Tragweite des damnum ist noch nicht festgestellt: denn ob überhaupt der Kläger am Verluste des Schuldscheines ein Interesse habe, hieng vom Eintritte der Bedingung ab. Da es aber natürlich dem Kläger wesentlich auf Ersatz der ihm entgehenden Forderung, nicht des an sich werthlosen Stückes Papier ankam, und die actio iudicati daher stets auf jenen gerichtet sein wird, so erweckt das den Anschein, als ob die Condemnation bedingt sei, während es die Aestimation ist[5]).

Die für das Wort damnum entwickelte Bedeutung bestätigt sich nun in der lex Aq. durchaus.

1. Es wäre ganz unrichtig, das Wort in der lex Aq.

[4]) fr. 1 § 5 quando app. 49, 4. Bethmann Hollweg Civilpr. 2, 624 n. XV.

[5]) vgl. auch etwa fr. 16 pr. de her. pet. 5, 3.

auf den körperlichen Schaden zu beziehen. Allerdings sind es ja Sachen, durch deren Beschädigung das damnum herbeigeführt wird, und der Ausdruck damnum iniuria, der technisch diese Aquilischen Sachbeschädigungen bezeichnet, scheint eben darauf hinzuweisen. Allein die Entstehung dieses Ausdruckes aus dem dritten Capitel unseres Gesetzes ist ganz offenbar — das erste spricht gar nicht vom damnum — und dieses bestimmt:

> ceterarum rerum [praeter hominem et pecudem occisos] si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit . . . . dare damnas esto.

Das heißt aber: wenn Jemand einen Anderen an seinen Sachen (der Genetiv ist objectiv) einen Schaden zufügt, was er (dabei) verbrannt hat, das soll er ersetzen. Das damnum erleidet also auch nach der Auffassung unseres Gesetzes nicht die beschädigte Sache, sondern der Eigenthümer; die Art, wie die Sache beschädigt ist, wird erst durch den folgenden Relativsatz präcisiert. Allerdings ist es unleugbar, daß die römischen Juristen zuweilen einem etwas laxeren Sprachgebrauche nachgeben und das Wort scheinbar geradezu für körperliche Beschädigung anwenden[6]), wofür auch der dichterische und der prosaische Sprachgebrauch späterer Zeit manigfachen Anhalt bieten[7]), allein bei genauerer Analyse wird man auch hier den ursprünglichen Sinn durchfühlen, und sonst wird der strengere Gebrauch stets festgehalten. So nur erklären sich Redewendungen wie: si damnum in servo hereditario datum est, nämlich heredi fr. 66 § 1 ad SC. Treb. 36, 1., oder schlechter lateinisch: mulier si in rem viri damnum dederit fr. 56 h. t., beide von Paulus, in haec mihi videri damnum

---

[6]) z. B. Paulus R. S. 1, 15 § 1.

[7]) Ovid. Met. 9, 100. ex Ponto 1, 10. 29. Horat. Carm. 4, 7. 13. Gell. 20, 8 § 7.

datum fr. 27 § 15 h. t. von Ulpian. Pomponius drückt sich fr. 18 de S. P. U. 8, 2. correct aus: si fistulae aedibus meis applicatae damnum mihi dent und ebenso Ulpian fr. 27 § 15 h. t.: Aquilia eas ruptiones quae damna dant persequitur. Daraus erklärt sich denn auch fr. 45 §. 1 Pauli h. t. Lege Aq. agi potest et sanato vulnerato servo. Durch die Heilung wird die Verletzung des Sklaven allerdings wieder aufgehoben und zwar (wie vorausgesetzt ist) der Art, daß der Sklave ganz so viel werth ist wie früher. Dagegen bleibt der pecuniäre Nachtheil bestehen, welcher dem Herrn aus der Verwundung des Sklaven erwuchs: die Entziehung der Arbeitskraft, die Curkosten: ergo et si pretio quidem non sit deterior servus factus, verum sumptus in salutem eius et sanitatem facti sunt: in haec mihi videri damnum datum. Also ist der Zusammenhang der Verletzung und des Schadens ein rein äußerlicher: ist aus Anlaß der Beschädigung meiner Sache mein Vermögen vermindert, so haftet der wegen dieser Verminderung, der Urheber der Verletzung war. Und hiedurch erhält auch fr. 13 pr. h. t. neues Licht:

> Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directum enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur.

Ulpian motiviert seine Entscheidung, daß ein freier Mensch wegen erlittener Körperverletzung nur die utilis actio habe, allein damit, daß Niemand Eigenthümer seines Leibes sei. Der Fall ist also, abgesehen davon, ein ganz normaler: und in der That entspricht er dem Wortlaute des Gesetzes: es ist ein Körper (eine körperliche Sache) verletzt und daraus Schade entstanden. Dieser Schade ist aber wie beim glücklich geheilten Sklaven keine Verminderung des Werthes des verletzten Körpers (es wird ausdrücklich gesagt, daß für Verunstaltung kein Ersatz geleistet werde, fr. ult. de his qui eff. 9, 3 fr. 3 si quadr. 9, 1), sondern er charakterisiert sich als der Rück-

schlag der Beschädigung auf das Vermögen. — Der Fall ist für die Interpretationsmethode sehr belehrend: wir dürfen darauf gestützt nicht anstehen, dieselbe äußerliche Art der Erklärung auch anderweit vorauszusetzen.

2. Hieraus ergibt sich mit Nothwendigkeit, daß überall, wo zwar eine Körperbeschädigung vorhanden, aber keine Vermögenseinbuße dadurch herbeigeführt ist, auch kein damnum vorliegt und folglich die Aq. Klage nicht zur Anwendung kommen kann. Dieser Grundsatz ist deutlich ausgesprochen fr. 27 § 17 h. t.

> sed ita demum si damnum iniuria datum est: ceterum si nullo servum pretio viliorem deterioremve fecerit, Aquilia cessat iniuriarumque erit agendum dumtaxat: Aquilia enim eas ruptiones quae damna dant persequitur. (= Coll. 2. 4 § 1.)

Darum gehören das Abschneiden reifer Früchte[8]), das Fällen von Bäumen, wenn es damit an der Zeit ist[9]), die Castration eines Sklaven, der dadurch werthvoller wird[10]), nicht unter das Gesetz. Denn überall ist hier kein Vermögensschade angerichtet. So hat auch der Substitut eines freigelassenen und zum Erben eingesetzten Sklaven nach Ulpians Meinung fr. 23 § 1 h. t. keine Klage, wenn der Sklave getödtet ist, weder wegen der Erbschaft: denn diese ist dem Substituten ja nun desto früher zugefallen[11]), noch auch wegen des Sklaven selbst.

---

[8]) fr. 27 § 25 h. t. Ueber den anscheinenden Widerspruch dieser Stelle mit fr. 42 Javol. de usu et usufr. leg. 33, 2 s. Noodt c. 17, p. 141.

[9]) fr. 27 § 27 h. t. Si salictum maturum — tuleris (secueris? s. Mommsen z. d. St.) cessare Aq. fr. 18 qd vi 43, 24: nec damno dominus affectus est.

[10]) fr. 27 § 25 h. t.

[11]) vgl. Sch. Bas. 60, 3. 23. (5, 582.) Cuiac. obss. 27, 12. A. M. Suarez 1, 4. 4 § 33 p. 53. Statt der Schlußworte der Florentina: quia si heres esset et liber esset wollte Pothier, Pand. Just. ad h. t. XLIII n. c lesen: quia si occisus non esset et heres esset, et liber esset. Mommsen schlägt vor: quia si superesset. Indes scheint mir die

Julian meinte allerdings, den Werth des Sklaven könne der Substitut verlangen, quia hoc interesse solum eius videretur. In der That hat indes der Substitut auch in dieser Beziehung kein damnum erlitten. Denn wäre der Sklave nicht getödtet — und so muß doch der Interessenanspruch formuliert werden: fr. 21 § 2 h. t. — so wäre er Erbe geworden, hätte mithin den Substituten ausgeschlossen. Dagegen kömmt der Gedanke, dem Julian offenbar folgte, nicht in Betracht: daß der Testator schon die Klage erworben und auf seinen Erben transmittiert habe.

3. Der Vermögensnachtheil muß stets durch die Verletzung einer körperlichen Sache vermittelt werden. Zunächst war auch der Kreis der tauglichen Objecte beschränkter; nach dem ersten Capitel waren es Sklaven und Haus- und Heerdenthiere, Schafe, Ziegen, Pferde, Rinder, Esel und Maulthiere [12]), auch Schweine, nicht aber Hunde und noch weniger gezähmte wilde Thiere. Dagegen rechnete man Elephanten und Kamele hieher, obwol sie ihrer Natur nach wild sind [13]). Alle Thiere, welche nicht unter das erste Capitel fallen, gehören in das dritte: dieses umfaßt die Beschädigung aller körperlicher Sachen (also auch die Tödtung der nicht durch das erste Capitel bevorzugten Thiere), gleichgiltig ob Mobilien oder Immobilien. Dadurch scheint dem Gesetze ein weites Gebiet eingeräumt; doch sind einige Einschränkungen vorhanden, die sich freilich von selbst ergeben, wenn man die Er-

Lesart der Flor. vollkommen haltbar und sogar ziemlich pointiert: Ulpian weist in Uebereinstimmung mit Julian die Meinung ab, daß der Substitut die Aestimation der Erbschaft fordern könne, weil der eingesetzte Sklave diese nur als freier Mann erwerbe; dann behauptet er, auch den Werth des Sklaven dürfe der Substitut nicht einklagen, denn dieser sei ein freier Mann, wenn er die Erbschaft erwerbe.

[12]) Hier, wie Elvers, de culpa 131 will, die res mancipi wiederzufinden, ist nicht die entfernteste Veranlassung.

[13]) fr. 2 § 2 h. t.

forderniſſe der Klage ſtreng feſt hält. Vor Allem iſt von einer Aquiliſchen — wie überhaupt von einer Klage — dann nicht die Rede, wenn durch den Einſturz eines baufälligen Hauſes das Nachbargrundſtück beſchädigt iſt[14]. Man hat dieſe Ausnahme darauf zurückführen wollen, daß die Schuld des Eigenthümers jenes Hauſes lediglich in einer Unterlaſſung, dem Nichtreparieren, beſtehe, und eine ſolche vom Aq. Geſetze nicht geahndet werde[15]. Die Römer aber ſehen die Sache vielmehr ſo an, als ob hier das Haus ohne Zuthun und Schuld des Eigenthümers ſchädige, ebenſo wie im Falle der Noxalklage das Thier[16]. Daher tritt die Caution wegen des zukünftigen Schadens nicht ein, wo eine beſondere Culpa des Eigenthümers vorhanden iſt: da wird eben die Aquilia Platz greifen[17]. Die weitere Frage, weshalb die Römer hier keine Culpa annahmen, während doch in der Vernachläſſigung der Reparatur offenſichtlich eine Neglegenz liegt, beantwortet ſich, wenn man bedenkt, daß der Culpoſe ja Eigenthümer des Hauſes iſt. Das Recht des Eigenthümers, mit ſeiner Sache nach Gutdünken zu ſchalten, ſoll und muß unverkürzt bleiben. Daher darf man an das Verhalten deſſelben gegen ſeine Sache nie den Maßſtab der Diligenz eines guten Hausvaters legen[18]; denn Niemand kann angehalten werden, mit Rückſicht auf ſeinen Nachbarn oder ſonſtige Mitmenſchen anders mit ſeiner Sache umzugehen, als ihm beliebt. Dieſe Rückſicht auf das Eigenthum, welche, wie oben gezeigt, ihre Schranken am dolus hat, wodurch aber die culpa ausgeſchloſſen wird, erläutert ein anderer Anwendungsfall in fr. 70 § 1 ad SC.

---

14) fr. 7 § 2. fr. 8 de damn. inf. 39, 2.

15) Haſſe, Culpa S. 14.

16) fr. 7 § 1 de dam. inf. 39, 2. Zimmern, Noxalklagen 42 ff. Vangerow, Pand. 3 § 689.

17) fr. 24 § 7 de d. inf. 39, 2 coll. fr. 27 § 9 h. t.

18) fr. 25 11. fr. 31 § 3 de H. P. 5, 3.

Treb. 36, 1. Si heres antequam fideicommissam hereditatem restitueret . . . ruperit quid (ex hereditate) vel fregerit vel usserit non competit in eum ulla civilis actio restituta postea hereditate . . . . sin vero post restitutam hereditatem horum quid admiserit heres, dicendum est, lege Aq. cum eo agi posse. Der Universalfideicommissar erwirbt erst mit Restitution der Erbschaft Eigenthum an den Sachen: dann also hat er auch die Aq. Klage. Vorher aber ist der Erbe Eigenthümer und dispositionsberechtigt: ihm ist also wegen Beschädigung von Erbschaftssachen mit der Aq. nichts anzuhaben. Nur wenn durch seine lata culpa Etwas von der Erbschaft abhanden gekommen ist, haftet er mit der actio fideicommissaria[19]).

Wie unrichtig es ist, die Ausschließung der l. Aq. auf den Mangel einer culpa in faciendo zu gründen, folgt auch daraus, daß die Aq. niemals mit der actio aquae pluviae concurriert. Allerdings ist dies Rechtsmittel älter als die Aq., aber die Interpretation der letzteren hätte doch dahin führen müssen, den durch das Wasser angerichteten Schaden als eine aus der culpa in faciendo (der willkürlichen Abänderung) des Nachbarn herrührende Corruption des Grundstückes anzusehen. Dies geschieht indes nirgends. Man darf nicht einwenden, daß die actio aq. pluv. auch auf Herstellung des alten Zustandes gieng und deshalb vortheilhafter war: dafür hätte man mit der Aq. auch Ersatz des Schadens vor dem Streitbeginne erlangen müssen. Der Grund der Ausschließung liegt vielmehr hier ebenfalls darin, daß man keine eigentliche culpa des Nachbarn anerkannte, sondern die Thatsache der Veränderung an sich als Klagegrund betrachtete. Dies folgt daraus, daß die Klage in rem scripta war, also gegen jeden neuen Erwerber des Grundstückes gieng.

[19]) fr. 22 §. 3 ad SC. Treb. 36, 1.

Zweites Capitel.

Charakter und geschichtliche Entwickelung der Aquilischen Klage.

IX.

Zur Geltendmachung von Ansprüchen aus dem Aquilischen Gesetze gibt es zunächst ein doppeltes Rechtsmittel: die multae petitio und die actio legis Aquiliae mit ihren Erweiterungen und Nachbildungen. Es fragt sich, in welchem Verhältnisse diese beide zu einander stehen. Ueber die Aquilische Mult ist die einzige uns aufbehaltene Nachricht Cicero Brut. § 131:

> atque eodem tempore accusator de plebe L. Caesulenus fuit, quem ego audivi iam senem cum ab L. Sabellio multam lege Aquilia damni iniuria[1]) petivisset.

Die multae petitio[2]) geschah im Criminalprocesse, wie auch hier das accusare andeutet, nicht im Civilverfahren; sie hat

---

[1]) Diese Lesart, Conjectur Hotmans statt des handschriftl. de iustitia, scheint jetzt allgemein angenommen.

[2]) Rudorff, Ztschr. f. g. RW. 14, 388 will diesen Cäsulenus zum Adstipulator machen, was gar nichts für sich hat.

also mit der eigentlichen Aq. Klage formell nichts zu schaffen [3]). Daß es sich hier weder um eine Mult zur Erzwingung des Gehorsams, noch um eine Geldstrafe für ein noch nicht gesetzlich mit Strafe bedrohtes Vergehen handeln kann, liegt auf der Hand. Wir haben es vielmehr mit einer gesetzlich normierten Geldbuße zu thun — und das stimmt mit der früher über den Inhalt der 12 Tafeln entwickelten Vermuthung überein. Es ist gerade deshalb nicht wahrscheinlich, daß wegen aller Fälle des Aq. Gesetzes zugleich eine Multierung eintrat. Diese war sicherlich auf die Vergehen des ersten Capitels und die gefährlicheren des dritten, z. B. Brandstiftung, beschränkt [4]). Denn die Tödtung von Sklaven und von Hausthieren, wie die des bos aratorius wurden in älterer Zeit als schweres Verbrechen angesehen. Ebenso wenig war gewis bei einer bloß fahrlässigen Tödtung von einer Mult die Rede. Denn mit dem dolus würde auch das öffentlich zu ahndende Verbrechen weggefallen sein. Wenn die Aquilische Mult nur auf diesen Kreis von Anwendungsfällen sich beschränkte, so erklärt sich ihre seltene Erwähnung daraus, daß sie sehr bald außer Gebrauch kam. Einmal nämlich wurde die Werthschätzung der Hausthiere mit dem Erlöschen des alten Bauernthums allmählich eine immer geringere, so daß man nun die Tödtung eines Pferdes oder Maulthieres nicht mehr als öffentliches Vergehen auffassen durfte. Andererseits aber griff die lex Cornelia de sicariis ein, welche wegen doloser Tödtung eines Sklaven und doloser Brandstiftung eine Strafe verhängte [5]).

Aus dieser Darstellung ergibt sich sofort, daß die in fr.

---

[3]) vgl. Bruns, Ztschr. f. RG. 3, 347. 356 ff.

[4]) Die Beschränkung auf das erste Cap. nehmen Huschke, Gai. 103, Rudorff, RG. 1, 99 als zweifellos an.

[5]) § 11 h. t. fr. 5 pr. fr. 23 § 9 h. t. fr. 14 § 1 de praescr. v. 19, 5. fr. 3 § 1 ad l. Far. 48, 15. Gai. 3, 213. Coll. 12, 7 § 2. vgl. Huschke, Gai. 104. Rudorff, RG. 1, 100.

9 § 1 de R. C. 12, 1 erwähnte condictio certi ex lege Aq. unmöglich mit dieser multae petitio zusammengeworfen werden darf. Diese früher ganz gewöhnliche Annahme[6]) beruhte auf der nunmehr durch Bruns widerlegten Anschauung, daß die Multforderung in iudicio privato entschieden werde, weil das erkennende Collegium öfters aus Recuperatoren bestand: diese bildeten indes kein iudicium, sondern eine quaestio[7]). Andererseits hat man diese condictio für die gewöhnliche Klage aus dem Aq. Gesetze erklärt, sie also ganz mit der sonst stets actio genannten Klage identificiert[8]). Aus den Worten des fr. 9 c. läßt sich diese Behauptung nicht ohne Weiteres rechtfertigen, wie sich nachher ergeben wird. Direct entgegen steht ihr aber die Bezeichnung als certi condictio, während der Werth des beschädigten Gegenstandes doch selbstverständlich ein zunächst ungewisser ist und daher die Klage immer ein Schätzungsverfahren bedingt. Im Wesentlichen beruht daher jene Meinung nur auf dem Rubrum Coll. 2, 4 = 12, 7: Ulpianus libro XVIII ad ed. sub titulo si fatebitur iniuria occissum esse in simplum et cum dicere[t]. Die letzten Worte sind offenbar verdorben, und Huschke[9]) verbessert deshalb: ut condiceret, abhängig gedacht von einem zu ergänzenden quo Praetor praecepit oder dgl. Sehr annehmbar scheint mir indes diese Conjectur selbst an sich nicht, abgesehen von ihren bedenklichen Voraussetzungen und Consequenzen. Ich lege dem Umstande kein großes Gewicht bei, daß in zwei anderen Rubren der Collation 2, 6: Paulus .... sub titulo quemadmodum iniuriam agatur und 7, 3: Ulpianus ... sub titulo si quadrupes pauperiem fecerit, den beiden einzigen,

---

[6]) Mommsen, Ztschr. f. g. RW. 15, 322 f. Rudorff, RG. 2, 359 n. 4.

[7]) Bruns, Ztschr. f. RG. 3, 356, 3.

[8]) Huschke, Ztschr. f. g. RW. 13, 32 f. Gaius 112, 16 *.

[9]) a. a. O. unter (früherer) Zustimmung Rudorffs, Ztschr. f. g. RW. 14, 382.

welche dem zur Frage stehenden genau entsprechen, als regierendes Verbum ein Präsens gedacht werden muß, was auch an sich das Natürlichste ist. Denn die Ueberschriften sind offenbar den excerpierten Schriftstellern selbst entnommen und daher ist ein Wechsel in den Tempora sehr leicht erklärlich. Bedenklich dagegen ist die Redewendung in simplum condicere, besonders wenn man sie nicht dem Verfasser der Collation, sondern dem Ulpian selber zuschreibt. Man sagt wol in simplum, in duplum agere, nie aber in certum, sondern stets certum, auch certi condicere [10]), obgleich nach der ursprünglichen Bedeutung von condicere jenes nicht unzulässig gewesen wäre. Schon aber wenn nur Bedenken gegen die Conjectur geltend gemacht werden können, ist es äußerst gewagt, darauf weitere Schlüsse zu bauen. Wir dürfen deshalb zunächst versuchen, den processualischen Charakter der Aq. Klage ohne Rücksicht auf jene condictio festzustellen.

Es ist nun wol nicht zweifelhaft, daß zur Zeit der Legisactionen aus dem Aq. Gesetze mit manus iniectio geklagt wurde. Wenn dies auch Gai. 4, 21 nicht ausdrücklich bestätigt [11]), so muß man es doch aus den Worten des Gesetzes schließen. Die Formel damnas esto hat hier von Rechtswegen die Bedeutung, daß sie den Executivproceß begründet, wie sie dieselbe beim Damnationslegate durch den Willen des Erblassers hat. Denn wenn schon durch Gesetzes- oder Dispositivworte der Verpflichtete als damnatus bezeichnet wurde, so war es dem formalen Sinne älterer Zeit durchaus angemessen, ihn auch processualisch als solchen zu behandeln [12]). Die manus iniectio bestand bekanntlich darin, daß der Kläger außergerichtlich Hand an den Beklagten legte, ihn vor den Prätor führte und dort in feierlicher Formel seine manus in-

[10]) fr. 22 § 1 de cond. ind. 12, 6. fr. 17 § 2 rer. am. 25, 2.
[11]) s. Worte u. Auslegung oben S. 16.
[12]) Bruns, a. a. O. 3, 360. Keller, C.Pr. 77. Huschke, Nexum 142.

iectio durch Anführung des Grundes rechtfertigte. Wollte der Beklagte sich vertheidigen, so konnte er das nur vermittelst eines fähigen Vindex, der im Falle der Verurtheilung die Gefahr des Doppelten übernahm. Dieser Vindex sprach gewis ebenfalls feierliche Worte: darauf deutet die Redensart manum depellere, welche vom „Abschütteln" der injicierten Hand technisch ist. Wie dann aber der Proceß weiter verlief, darüber wissen wir gar nichts. Wahrscheinlich fiel alles Uebrige dem Judex zu, der ganz formlos cognoscierte und zu dessen Officium dann auch die Condemnation aufs Doppelte gehörte. Damit würde es sehr gut zusammenpassen, daß die XII Tafeln (XII. 3, 2 ff.) der Condemnation aufs Doppelte in ihren ausführlichen Bestimmungen nicht gedenken. Uebrigens ist dieselbe nicht rein als processualische Strafe anzusehen, sondern folgt aus der formellen Natur des Verfahrens von selbst. Wer schon verurtheilt ist und in der Executionsinstanz über dieselbe Forderung nochmals durch sein Leugnen einen Proceß herbeiführt, wird wirklich zweimal, also auf das Zwiefache seiner ursprünglichen Schuld verurtheilt. Die Uebertragung der manus iniectio auf andere als bereits zuerkannte Forderungen konnte nun nur in der Weise geschehen, daß diese nothwendige Vorbedingung des Verfahrens fingiert wurde: darauf deutet die hier gebrauchte Formel: pro iudicato tibi manum inicio. Das weitere Verfahren war dann natürlich das nämliche, wie bei der wahren Executionsklage. Eine Erleichterung in diesem Verfahren führte die lex Valeria von 412 herbei. Gaius 4, 25 sagt:

> Sed postea lege Valeria[13]) excepto iudicato et eo pro quo depensum est ceteris omnibus, cum quibus per manus iniectionem agebatur, per-

---

[13]) Diese Lesart beruht auf der unzweifelhaften Textergänzung von Huschke, Nex. 141.

missum est sibi manum depellere et pro se agere.

Hienach also wurde nicht etwa die manus iniectio für die anderen Klagen außer der iudicati und depensi als Einleitungsform des Processes ganz aufgehoben, sondern die strenge Form auf diese Klagen beschränkt, für alle übrige die Nothwendigkeit des Vindex beseitigt. Hiemit war ein eigenes Gesetz über die Executivklage gegeben, und dieselbe brauchte nun nicht mehr an die Judicatsklage durch die Worte pro iudicato angelehnt zu werden. Offenbar aber blieb immer noch als Grundidee der Klage die Fiction schon erfolgter Verurtheilung und daher auch die condemnatio in duplum. Im Aq. Gesetze war nun nach einer Notiz des Gaius (fr. 2 § 1 h. t.) als Strafe des Leugnens diese condemnatio in duplum ausdrücklich festgesetzt. Dies ist allerdings auffallend, wenn man annimmt, es sei mit man. ini. aus dem Gesetze geklagt: denn davon ist ja jene Litiscrescenz eben nur die Folge. Man hat deshalb daraus gefolgert[14]), daß nicht die besondere Art der Legisaction selbst, sondern nur wie bei jedem nicht wirklichen Judicatus der ordentliche Proceß eingetreten sei, der dann nur die einzelne Consequenz des Manusinjectionsverfahrens in sich aufnehme. Diese Meinung scheint mir in jeder Beziehung unhaltbar. Sie verkennt den Inhalt der lex Valeria, welche durchaus nicht daran dachte, die man. ini. für fingierte Judicati zu beseitigen; sie mischt die verschiedenen Legisactionen auf eine dem römischen Processe durchaus widersprechende Weise. Lege agere heißt nach einem Gesetze verhandeln: jedes Gesetz also muste zugleich die Form des Verfahrens feststellen. War dies nicht ausdrücklich geschehen, so trat, wie Gaius 4, 13 berichtet, der Sacraments-

[14]) Rudorff, Ztschr. f. g. RW. 14, 375. vgl. Bethmann-Hollweg, C. Proc. 1, 163.

proceß ein. Damit ist aber dieser noch nicht als die ordentliche Legisaction im Gegensatze zu den übrigen als außerordentlichen anerkannt, sondern nur als der gewöhnliche Proceß, welcher im Zweifel präsumiert wird. In dem Sacramentsverfahren findet sich indes nirgends ein Platz, den Richter zur Verurtheilung aufs Doppelte zu veranlassen. Das müste aber doch geschehen; ohne Anweisung seitens des Prätors durfte der Richter nichts, wenn es nicht wie bei der man. ini. aus der Natur seines Auftrages sich ergab. Hienach muß man gewis annehmen, daß die lex Aq. die man. ini. als Form des Verfahrens vorschrieb; natürlich konnte dies nur die pura legis Valeriae sein. Damit läßt sich jene Notiz des Gaius leicht vereinigen: entweder bezog sich der Passus des Gesetzes, welchen er vor Augen hat, wirklich auf die man. ini., und er hebt die zur Zeit der Formeln allein noch praktische Seite derselben hervor, oder die Anordnung der man. ini. war wirklich in der Weise gefast, daß auf die nach der lex Valeria allein erhebliche Seite derselben aller Nachdruck fiel. [15]).

Ist dies richtig, so folgt daraus schon mit Nothwendigkeit, daß die spätere Formelklage ex lege Aq. keine condictio sein konnte. Denn die Condictionen schlossen sich zunächst durchaus an die gleichnamige Legisaction an und giengen wie diese auf certa res credita. Jedesfalls entsprangen sie alle aus Geschäftsobligationen [16]).

Nach dem Aussterben des Legisactionenprocesses muste sich der Unterschied zwischen dem, der sein Unrecht einräumte, und dem, der es in Abrede stellte, noch mehr geltend machen.

---

[15]) Dies würden dann die speciellen Anordnungen sein, die Rudorff 376 nach Analogie der lex Mamilia verlangt. Uebrigens dürften Schlüsse von einem Polizeigesetze aus Caligulas Zeit auf ein Strafgesetz aus vorgracchischer Zeit gezogen stets gewagte sein.

[16]) Gai. 4, 19. Keller CP. 70, 376.

Zur Zeit der Legisactionen zeigte sich erst nach Aussprechen der die Klage begründenden Formelworte, ob der Beklagte zugestand oder ableugnete, letzteres durch manus depulsio. Zur Zeit des Formularprocesses dagegen wurde erst ohne Feierlichkeit in iure verhandelt und hier schon, vor wirklicher Eröffnung des Processes, erfolgte Bejahung oder Verneinung seitens des Beklagten. Die einfache Folge davon ist eine doppelte Formel, je nachdem das Eine oder das Andere eintritt. Hierüber ist nun noch Einiges zu sagen. Die Formel der Aq. Klage ist uns nicht überliefert. Man hat deshalb vielfach versucht, sie ihrem Wortlaute nach zu reconstruieren. Hievon sehe ich als von etwas m. E. Unnöthigem gänzlich ab: die bisherigen Versuche können auch in der That nur abschrecken[17]). Das Material aber, was wir zur Veranschaulichung des Aq. Processes haben, ist auch ohne Kenntnis der Formel zu verwerthen.

Es ist vor allen Dingen festzuhalten, daß die actio ganz an Stelle der legis actio trat, daß dieselbe also auf den nämlichen Grundlagen wie diese ruhen muste. Sonach blieb stets die Fiction des Urtheiles maßgebend. Es heißt nun von der Klage, daß sie contra confitentem in simplum, contra infitiantem in duplum gehe. Allgemein schreibt man diese erstere Wirkung, welche an die Einräumung des Klagegrundes geknüpft wird, einfach der confessio in iure zu[18]).

---

[17]) Die früheren Versuche Sells, Savignys (Syst 5, 571) und Huschkes kritisiert Rudorff, Ztschr. 14, 379. Seitdem haben er sowol (RG. 2, 360 n. 8) wie Huschke, Gai. 113 n. 16 ihre Meinung wieder geändert.

[18]) Rudorff, Ztschr. 14, 377. Keller, CP 258. Savigny, Syst. 7, 18. Rudorff setzt einen Unterschied der actio Aq. von der a. indicati darein, daß zur Verpflichtung aufs Einfache bei der ersteren es außer der Damnation noch des Eingeständnisses bedurft habe. Das ist jedesfalls eigenthümlich ausgedrückt: einmal war der Schuldige, ob geständig oder nicht, jedesfalls auf ein Simplum obligiert, außerdem im letzteren Falle noch auf ein Simplum; anderestheils darf man sicher den Judicatus ohne

Das scheint mir indes nicht ganz der richtige Standpunkt. Es ist allerdings anzunehmen, daß jede Confession den Beklagten formell zum Judicatus macht; aber gerade nur in den Fällen der Litiscrescenz wurde ihm eine interrogatio über die Richtigkeit des Klageinhaltes in iure vorgelegt. Sonst wäre es absolut unerklärlich, wie eben nur in diesen Fällen die Infitiation eine condemnatio in duplum nach sich ziehen konnte. Worauf muste sich nun aber die Interrogation oder Confession richten? Glücklicher Weise überliefert uns dies das Rubrum Coll. 12, 7 ganz genau: si fatebitur iniuria occisum esse, nur müssen wir aus fr. 23 § 11 h. t. si quis hominem confiteatur occidisse ein a se hinzu denken. Ein so formuliertes gerichtliches Geständnis ist nach allen Richtungen hin genügend. Einmal ist es selbstverständlich, daß die Confession sich nur auf eine Thatsache, nicht auf ein Rechtsverhältnis beziehen konnte. Hierin darf man aber nicht eine Abweichung von der Regel finden. Das Bekenntnis, ein Darlehen empfangen zu haben, bezieht sich auch nur auf eine Thatsache. Die römischen Juristen sehen aber auch die Sachbeschädigungen, wie alle Delicte, als Realobligationen an, d. h. als durch Thatsachen begründete Verpflichtungen[19]). Andererseits folgt es ebenfalls aus der Natur der Sache, daß es bei solchen formell bindenden Erklärungen sehr genau mit jedem einzelnen Worte genommen wurde. Und so liegt in dem Bekenntnisse: ich habe getödtet, zugleich die Einräumung: der Getödtete ist wirklich todt. Sonst enthielte ja die ganze Confession einen innern Widerspruch. Hienach vermag ich nirgends eine durch die Besonderheit des Falles herbeigeführte eigenthümliche Beschränkung der Confession zu entdecken[20]).

Geständnis nicht auf das Simplum für verpflichtet halten: denn bekannte er nicht, so haftete er in duplum. vgl. Sch. 2, 3. Bas. 22, 5. 30 (2, 554).

[19]) pr. de obl. q. ex del. 4, 1. fr. 4. fr. 52 § 8 de O. et A. 44, 7.

[20]) A. M. Savigny, Syst. 7, 17.

Räumte der Beklagte nun den Thatbestand in dieser Weise ein, so verlief der Proceß wie bei jeder andern Confession. Es wurde kein eigentliches Judicium eingeleitet, sondern wenn die Höhe der geforderten Aestimation bemängelt war, ein arbiter rei aestimandae eingesetzt[21]). Die Formel, mit der dies geschah, und die naturgemäß bei allen confessiones übereinstimmend war, hat man mehrfach zu construieren versucht, aber mit sehr zweifelhaftem Erfolge[22]).

Leugnete dagegen der Beklagte, so kam es zum Judicium und darin zur Condemnation aufs Doppelte. Alle Einreden aber, die der Beklagte vorschützen kann, sind nichts weiter als qualificierte Infitiationen des Thatbestandes und müssen daher auch als solche behandelt werden. Wandte der Beklagte ein, daß er den Sklaven zwar geschlagen habe, daß dieser aber nicht in Folge des Schlages gestorben sei, so bestritt er damit den Causalzusammenhang zwischen seiner Culpa und dem die Klage begründenden Ereignisse. Denn da die Klagen aus dem ersten und dritten Capitel des Gesetzes vollkommen getrennt behandelt werden, so kann es für jene nicht ins Gewicht fallen, wenn Beklagter den Thatbestand dieser einräumt. Zweifelhafter könnte man über die Einreden der Nothwehr und des Nothstandes sein. Allein das angeführte Rubrum der collatio sagt ausdrücklich, daß die confessio sich auch gerade mit auf die iniuria bezog, was im Grunde schon aus der Natur der Sache folgt. In der That leugnet nun der Beklagte diese iniuria, und somit den Klagegrund, wenn er ein Recht zur Beschädigung gehabt zu haben behauptet. Hienach muß man gewis den Satz im Allgemeinen für zutreffend halten, daß die Verurtheilung überall da auf das Doppelte gehe, wo der Beklagte es zum Rechtsstreite über Schuldig oder

[21]) fr. 25 § 2. fr. 26 h. t.

[22]) Huschke, Ztschr. 13, 32. Savigny 7, 8. Rudorff RG. 2, 360 n. 8. vgl. Keller, Proc. n. 727.

Nichtschuldig kommen lasse[23]). Ob in diesem Falle der Richter in der Formel ausdrücklich angewiesen wurde, in duplum zu condemnieren, oder ob das zu seinem officium gehörte, ist im Grunde eine sehr müßige Frage[24]). Wahrscheinlich ist mir indes das erstere nicht. Die Litiscrescenz verstand sich ja überall, wo es zum wahren Judicium kam, allemal von selber. Man hat sich zum Beweise des Gegentheiles berufen auf

fr. 2 § 1 Gai. h. t. et infra deinde cavetur, ut adversus infitiantem in duplum actio esset.

Allein hier ist das in duplum nicht mit actio, sondern mit esset zu verbinden: die Klage soll aufs Doppelte gehen, nicht: eine Klage aufs Doppelte soll statthaben[25]). Damit stimmt auch c. 4 h. t. überein, wo es heißt: condemnatio in duplum procedit. Auch fr. 30 de iureiur. 12, 2 widerspricht nicht: denn dupli persecutio und actio können auch Klagen heißen, die eine condemnatio in duplum zum Erfolge haben.

Neben dieser Möglichkeit, durch Infitiation oder Exception sich mit der Gefahr des Duplums gegen die Klage zu vertheidigen, scheint indes dem Beklagten noch ein anderer Weg frei gestanden zu haben, der allerdings nur in seltenen Fällen zum Ziele führte. Enthält nämlich die Confession etwas Unmögliches, quod et ius et naturam recipere non potest, wie fr. 14 § 1 de interrog. 11, 1 sagt, so durfte man derselben natürlich keine Bedeutung zuschreiben. Daß dem aber so sei, hatte gegenüber seiner formell bindenden Einräumung nunmehr der Beklagte nachzuweisen: so also gegenüber einer Noxalklage, daß der als Sklave Bezeichnete ein Freier sei, fr. 14 pr. de int. 11, 1, daß der angeblich getödtete Sklave

---

[23]) Keller 236. A. M. Rudorff, Ztschr. 14, 277. 389.

[24]) Rudorff, Ztschr. 14, 378.

[25]) vgl. Bas. 60, 3, 2 (5, 264): κατὰ δὲ τοῦ ἀρνουμένου διπλασιάζεται.

lebe, fr. 23 § 11 h. t., daß derselbe zwar gestorben, aber nicht getödtet sei, fr. 25 pr. h. t.; nicht dagegen konnte sich der Beweis darauf richten, daß ein Anderer der Thäter sei, fr. 4 de conf. 42, 2. Denn das schloß die Thäterschaft des confessus nicht ohne Weiteres aus. So erklärt sich

> fr. 23 § 11 h. t. Si quis hominem vivum falso confiteatur occidisse et postea paratus sit ostendere hominem vivum esse, Julianus scribit cessare Aquiliam, quamvis confessus sit se occidisse: hoc enim solum remittere actori confessoriam actionem, ne necesse habeat docere eum occidisse: ceterum occisum esse hominem a quocunque oportet.

Von diesem Standpunkte aus gewinnen auch die Worte der lex Rubria 21, 16 Licht: is eum qui ita quid confessus erit neque id solvat satisve faciat eumve qui se sponsione iudiciove uti oportebit non defenderit . . . tantae pecuniae duci iubeto, und 22, 35, wo geradezu unterschieden wird: qui confessus erit neque se iudicio uti oportebit defendet aut si de ea re in iure nihil responderit neque de ea re se iudicio uti oportebit defendet. Hollweg[26]) will diese Stellen so deuten, daß die Confession zurückgenommen und auf das Judicium provociert werden könne. Das liegt aber in den Worten namentlich der letzten Stelle nicht. Gewis konnte man bis zur Litisconte-

---

[26]) Civilpr. 2, 543. Savigny, Syst. 3, 386 f. scheint die hier einschlagenden Stellen alle auf die Restitution ex capite erroris zu beziehen: er verlangt also außer der Naturwidrigkeit des Eingeständnisses auch noch einen entschuldbaren Irrthum als Quelle desselben und das Ergebnis wäre in unseren Fällen Restitution, nicht Absolution. Allein fr. 23 § 11 c. scheint mir dem geradezu zu widersprechen: es sagt kein Wort von iustus error. Ebenso richtet sich in fr. 13 pr. de interr. die Untersuchung nicht auf den Irrthum, sondern lediglich darauf, ob es möglich sei, daß der confessus Vater der Verpflichteten ist. Das eine Rechtsmittel steht also offenbar neben dem andern.

station das Geständnis zurücknehmen: dann trat einfach der Infitiationsproceß ein. Hier wird aber die Confession gerade als Grundlage des Judiciums vorausgesetzt. Nunmehr erklärt sich auch der Ausdruck actio confessoria, der in den Quellen mehrmals vorkömmt[27]), und der, lediglich auf das arbitrium rei aestimandae bezogen, manches Bedenkliche haben möchte. Nach allem dem scheint es mir klar, daß bei dieser Klage die Verurtheilung nicht auf das Doppelte gieng, so daß also der Beklagte den bequemeren und gefährlicheren Weg der Infitiation hat, wo er nicht zu beweisen, aber vielleicht das Doppelte zu bezahlen hat, oder den unbequemeren, aber auch ungefährlicheren der Confession. Einem Misbrauche des letzteren war dadurch vorgebeugt, daß sich der Gegenbeweis gegen die Confession auf den Erweis der Unmöglichkeit beschränkte, nicht einfach auf die Unwahrheit[28]).

Hienach ist also die actio legis Aq. eine eigene aufs Sorgfältigste ausgebildete actio, die unmöglich identisch sein kann mit der condictio certi des fr. 9 § 1 de R. C. Es fragt sich daher nach ihrem Verhältnisse zu einander. Die Stelle lautet im Zusammenhange:

> pr. certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur sive ex incerto . . . . .
> § 1. competit haec actio etiam ex legati causa et ex lege Aquilia. sed et ex causa furtiva per hanc actionem condicitur.

Sie sagt also nur, daß aus dem Aq. Gesetze auch mit der condictio certi geklagt werden könne. Diese condictio wäre in ähnlicher Weise neben der eigentlichen Klage denkbar, wie die condictio furtiva neben der actio furti. Der Vergleich liegt sehr nahe und man wird durch die Zusammenstellung im an-

[27]) fr. 23 § 11. fr. 25 § 1 h. t.
[28]) vgl. noch fr. 72 § 2 sq. de leg. 1 (30).

geführten Fragmente darauf hingewiesen. Daher hat man denn gemeint[29]), die condictio sei in den seltenen Fällen zulässig gewesen, wo der Beschädiger aus dem damnum eine Bereicherung erlangt habe, z. B. wenn er den Schuldschein zerstört und dadurch den Gläubiger um seine Klage gegen ihn gebracht habe, und es könne derselbe wegen der Vernichtung des Scheines mit actio Aq., wegen der Bereicherung mit condictio klagen. Allein so scheinbar diese Meinung ist, kann ich sie doch nicht für richtig halten. Es wird ausdrücklich die actio wegen der Bereicherung gegen den Erben gegeben, obwol dieselbe in diesem Falle durchaus den Charakter einer Condiction hat. Die actio geht ferner gegen den, der einen Schuldschein zerstört, nicht bloß auf den Werth dieses Scheines selbst, sondern gerade auch auf die Bereicherung: durch die Klage wird dem Beschädigten der Nachtheil ersetzt, den er durch den Verlust des Beweisstückes erlitten[30]). fr. 10 § 3 de ed. 2, 13 unterscheidet denn auch condictio (natürlich furtiva), wenn der Schein gestohlen, actio l. Aq., wenn er zerstört ist. Endlich wird die Bereicherung in den meisten Fällen nicht auf ein certum zu fixieren sein: selbst in dem Falle, wo der Schuldner selbst den Schuldschein zerstört, geht die Klage nicht einfach auf den Betrag der dadurch von ihm lucrierten Forderung, sondern der Gläubiger kann das (zunächst unbestimmte) Interesse verlangen, was er an der Nichtzerstörung des Scheines hatte, wobei z. B. auch die rechtzeitige Erfüllung in Betracht kömmt. Hienach muß man gewis von dieser Meinung abgehen und die condictio certi mit Keller[31]) für eine in der letzten klassischen Zeit ausgebildete Klageform halten, die mit allen übrigen Klagen (die dinglichen natürlich ausgenommen) concurrierte. Der Kläger schlug den erlittenen Schaden in

---

[29]) Savigny, Syst. 5, 550.

[30]) arg. fr. 32 de furt. 47, 2. fr. 40 h. t.

[31]) C. Pr. 381. vgl. schon Litiscontest. S. 614.

Gelde an und klagte diese Schätzung als certum ein. Natürlich setzte er sich damit aller Gefahr einer Pluspetition aus, erlangte aber dafür alle Vortheile der Klageform. Das bestätigen Ulpians Worte im fr. 9 c., welcher die Klage aus allen Contracten und Delicten für zulässig erklärt, und er findet auch anderweit Unterstützung [32]). Namentlich tragen die Basilikenscholiasten, vor allen Stephanos und Kyrillos, diese Ansicht fast wörtlich vor, so daß man sie wenigstens als geltendes Justinianisches Recht ansehen muß. Theophilos war abweichender Meinung: er wollte in offenbarem Widerspruche mit den Worten Ulpians die condictio aus dem contractus incerti nicht zulassen. Dagegen erklären sich die übrigen ausdrücklich. So Kyrill Sch. 1 Bas. 23, 1. 9 (2, 595):

> *κἂν γὰρ οὐκ ἔστιν ἡ ζημία δήλη ὅμως διατιμᾶται ταῦτα ὁ παθών . . . . δυνατὸν δέ ἐστι καὶ τὸν παρόντα κονδικτίκιον, ὡς γενικὸν ὄντα καὶ ἐν ἑαυτῷ καὶ τὸν φούρτιβον περιφέροντα κονδικτίκιον κινεῖσθαι καὶ κατ᾽ ἐκεῖνον.*

und Stephanos Sch. 2 (p. 596):

> *ἑκάτερον μέντοι αὐτῶν* (Sache oder Interesse) *διατιμησάμενος καλῶς τὸν κέρτον κινεῖ κονδικτίκιον... ἑτέρῳ δὲ λόγῳ τὸν τῆς πλοὺς πετιτίονος κίνδυνον ἑαυτῷ παρατίθησιν ὅ τε τὸ φάκτον ἐπερωτήσας καὶ ὁ ἀγοραστής,* falls sie nämlich mit der condictio certi klagen. Vgl. noch Schol. 7 Stephani p. 597.

X.

Nunmehr wird der Versuch den materiellen Charakter der Aq. Klage festzustellen möglich sein. Man hat es als selbstverständlich bezeichnet, daß die Klage eine pönale sei, da sie

---

[32]) vgl. außer den von Keller citierten Stellen fr. 28 § 4 de iurei. 12, 2. fr. 5 de exc. rei. iud. 42, 2, noch besonders fr. 17 § 2 de act. rer. am. 25, 2. fr. 13 § 1 dep. 16, 3.

ja aus einem Delicte entspringe. In der That ist das aber gar nicht selbstverständlich. Ein Privatvergehen erscheint einerseits als Verstoß gegen die öffentliche Rechtsordnung und zieht als solcher eine Ahndung von Statswegen nach sich; andererseits stellt es sich als Eingriff in eine fremde Rechtssphäre dar und begründet daher einen Anspruch auf Ersatz. In ersterer Beziehung, sollte man meinen, sei ausreichend erst durch die multae petitio, dann durch die lex Cornelia gesorgt, welche alle Fälle der Sachbeschädigung umfassen, die verschiedenen Zeitaltern strafwürdig erschienen: die private Klage müsse also lediglich zur Ersatzforderung werden. Allein so haben die Römer die Sache sicherlich nicht angesehen [1]). Es ist dringend geboten bei dieser Frage die verschiedenen Zeitalter der römischen Jurisprudenz, mindestens die historische Entwickelung, so weit sie erkennbar ist, im Auge zu behalten.

Die in der Regel als poenales zusammengefasten Klagen sind von sehr verschiedener Natur. Wahre Strafklagen sind eigentlich nur die, bei welchen kein ökonomischer Gesichtspunkt

---

[1]) Im Gegensatze hiezu hat neuerdings Bethmann-Hollweg, Civilpr. 2, 294 vgl. 1, 173 geleugnet, daß die Sachbeschädigung ein Delict sei: sie begründe nur eine Schuldklage auf Ersatz. Die alte Schadensklage der XII Tafeln sei weder poenalis gewesen, noch so genannt. Die wahren Delicte, z. B. furtum, seien persönliche Verletzungen. Damit würde jeder Schluß von den übrigen Pönalklagen auf die actio Aq. wegfallen und jedes Band zwischen ihnen zerrissen sein. Eine Consequenz dieser Anschauung ist, daß auch das in den Delictklagen etwa enthaltene reipersecutorische Element als Strafe aufgefaßt werden muß. (S. 297) M. E. ist indes diese Meinung vollkommen unhaltbar. Von vorn herein ist es eigenthümlich, den Diebstahl im Gegensatze zur Sachbeschädigung als ein die Person verletzendes Vergehen anzusehen. Jedesfalls ist schon bei Gaius jeder Unterschied zwischen delicta und maleficia vollkommen ausgeglichen (3, 182. 4, 112), und das damnum wird neben dem Diebstahle unter den vier kanonischen Privatvergehen als gleichberechtigt aufgeführt. So wenig es auch sonst gerathen ist, auf dergleichen römische Schemata Gewicht zu legen, so ist doch mit Sicherheit anzunehmen, daß völlig heterogene Dinge nicht so zusammengeworfen werden würden.

zu Grunde liegt, vielmehr der Gedanke, durch pecuniäre Leistung seitens des Schuldners dem Kläger eine persönliche Genugthuung für seine gekränkte Ehre oder eine sonst in Gelde nicht zu schätzende Verletzung zu verschaffen. So die actio iniuriarum, sepulcri violati, die querella inofficiosi. Diese Klagen gehen weder activ noch passiv auf den Erben über und stellen die Aestimation, eben weil sie an sich unmöglich ist, ganz in das Gutdünken des Richters. Daneben steht die actio furti. Wenn diese auch in früherer Zeit wahrscheinlich auf Strafe und Ersatz gieng[2]), so erreicht man damit doch schon zu Gaius Zeit lediglich die erstere. Diese bestimmt sich aber nach dem ökonomischen Werthe des gestohlenen Gegenstandes, ist also dem freien Ermessen des Richters entzogen; sie geht zwar activ, nicht aber passiv auf den Erben über. Endlich gehören zu den actiones poenales noch die Klagen, welche Ersatz eines Vermögensschadens fordern. Der Charakter dieser Klagen ist hienach ein ganz verschiedener ihrem Erfolge nach, sie stimmen nur darin zusammen, daß sie sämmtlich aus Delicten entspringen. Diese Beziehung der ganzen Eintheilung der Actionen in pönale und reipersecutorische auf die unterliegenden Obligationen hat man zwar schon bemerkt[3]), aber noch nicht bestimmt ausgesprochen: jede actio ex delicto ist pönal, jede ex contractu reipersecutorisch.

Neben diesen Klagen pflegt man noch eine dritte Art aufzustellen: die actiones mixtae, welche auf Ersatz und Strafe gehen sollen. Zu diesen Actionen rechnet man denn auch die actio Aquilia, welche ebenfalls aus Ersatzforderung und „Strafzusatze" sich componieren soll[4]). Einen Anhalt hat diese Theorie in

---

[2]) Savigny, Syst. 5, 51 l. Keller, semestria 568.
[3]) Savigny 5, 37a. vgl. Windscheid, Actio 23 ff.
[4]) Savigny c. 39.

§ 19 de act. 4, 6: Vi bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplum rei persecutio continetur, poena autem tripli est. sed et legis Aquiliae actio de damno mixta est, non solum si adversus infitiantem in duplum agatur, sed interdum et si in simplum quisque agit. veluti siquis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer et magni pretii fuerit.

Justinian sagt hier allerdings, die actio vi bon. rapt. gehe auf ein Simplum als Ersatz und auf drei Simpla als Strafe, die actio legis Aq. gewähre in Folge der eigenthümlichen Schätzung des Schadens vielfach mehr als den einfachen Sachwerth und führe außerdem zu einer Condemnation des Leugnenden ins Doppelte. Daher seien beide Klagen mixtae. Vergleicht man diesen Passus mit dem Originale Gai. 4, 9:

rem vero et poenam persequimur velut ex his causis, ex quibus adversus infitiantem in duplum agimus: quod accidit per actionem iudicati depensi damni iniuriae . . . etc.,

so ergibt sich eine starke Abweichung: Gaius theilt zu Anfange des 4. Buches die Klagen nach den verschiedenartigsten Gesichtspunkten ein, und darunter ist denn auch die Eintheilung nach dem Erfolge: ob man res, poena oder beides erlange. Letzteres hat nach seiner Meinung bei den actiones quae infitiando crescunt in duplum statt, wie bei der lex Aq. Dagegen findet sich hier nicht ein Wort von einem „Strafzusatze", falls die actio in simplum geht. Dieses Simplum erscheint dem Gaius vielmehr eben so einheitlich und ungetheilt, wie das mit der actio iudicati geforderte. Der Gedanke des Gaius aber, die Litiscrescenzfälle als actiones quae et rem et poenam persequuntur zusammenzustellen, ist schon längst als unglücklicher und unlogischer erkannt [5]). Denn die Verdoppelung ist eine

[5]) Bethmann-Hollweg, Civilpr. 2, 294 n. 1.

reine Proceßstrafe wegen ungerechtfertigtes Leugnens, nicht die poena für ein Vergehen. Dies ergibt sich aufs klarste aus fr. 20 § 4 de H. P. 5, 3 und fr. 9 § 1 de pec. leg. 33, 8 [6]). Die weitere Frage, was die Römer gerade bei diesen Klagen eine Litiscrescenz eintreten zu lassen bestimmte, gehört nicht zur Sache. Gaius gibt denn auch seiner Distinction keine weitere Folge. Anlaß zu jener Abänderung in den Institutionen ist vielmehr die Bemerkung des Gaius 3, 214 geworden: quo (in Folge der Aestimation) fit, ut quis plus interdum consequatur, quam ei damnum datum est. Diese steht indes außer allem Zusammenhange mit der Charakterisierung der Klage als actio mixta: es wird damit eine thatsächliche Eigenthümlichkeit hervorgehoben, die aber sonst nirgends juristisch bedeutend erscheint. Jedesfalls muß sich nun die Untersuchung zunächst an Gaius halten; sie darf die Institutionen vorläufig außer Acht lassen. Auf diese Weise, wenn man die Quellen ohne vorgefaste Meinung betrachtet, wird sich zeigen, daß die römischen Juristen die actio Aq. nie und nirgends als actio mixta, sondern stets als poenalis betrachteten und daß sie das etwa über den einfachen Ersatz hinaus erlangte Plus nie anders als den übrigen Theil der Aestimation behandelten [7]).

1. Die Meinung, welche in diesem Plus einen Strafzusatz erblickt, muß die Absicht damit zu strafen schon dem Ge-

[6]) Cum praediximus omnes hereditarias actiones in hereditatis petitionem venire, quaeritur, utrum cum sua natura veniant an contra: ut puta est quaedam actio quae infitiatione crescit, utrum cum suo incremento an vero in simplum venit, ut legis Aquiliae? et Julianus scribit, simplum soluturum. — Si conservum suum vulneraverit servus et viliorem fecerit, Marcellus, non esse dubitandum deduci ex peculio quod domini interesset: nam quid interest conservum vulneret an scindat aliquid? quo casu sine dubio minuitur peculium, sed non ultra simplum. vgl. Donell, comm. 19, 13 § 19 (p. 1123, 44) Dernburg, her. pet. 61.

[7]) Aehnlich schon Huschke, Ztschr. f. CR. u. Pr. N. F. 2, 186.

setzgeber selbst beilegen; denn die eigenthümliche Schätzung ist schon im Gesetze vorgeschrieben. Daß diesen aber ein derartiges Motiv leitete, ist nach jeder Richtung unwahrscheinlich. Einmal bestand ja die Multa für alle schwereren Fälle des Vergehens. Und sodann wäre es doch jedesfalls eine höchst unpraktische und ungerechte Art zu strafen gewesen, wenn man den härter ansah, welcher ein krankes Pferd, einen einäugigen Sklaven umbrachte, statt den zu treffen, der eine werthvolle Sache zerstörte. Warum nicht lieber, wie in so vielen anderen Fällen, schlechthin für das erste Capitel eine in duplum condemnatio anordnen? Hier aber soll nicht einmal eine höhere Aestimation, sondern ursprünglich nur das verum rei pretium gefordert werden. Unter allen Umständen war es da für den Beschädigten vortheilhafter, wenn irgend möglich, eine Vertragsklage zu erheben.

2. Die Theorie vom Strafzusatze bestätigt sich auch sonst nirgends. Allerdings werden andere Klagen als mixtae bezeichnet, wie die actio rationibus distrahendis fr. 2 § 2 de tut. 27, 3, die vi bon. raptor. fr. 2 § 3 vbr. 47, 8 pr. h. t., niemals aber sonst die Aquilia. Sie erscheint vielmehr allenthalben als eine Delictsklage, mit welcher Ersatz als poena gefordert wird.

> fr. 18 § 1 de iud. 5, 1 (Ulp.): nam et Iuliano placet, si filius fam. legationis.. gratia aberit et vel furtum vel damnum iniuria passus sit: posse eum utili iudicio agere, ne dum pater exspectatur impunita sint maleficia.
>
> fr. 11 § 3 h. t. (Ulp.): nam ex lege Aq. quod alius praestitit alium non relevat: cum sit poena.
>
> fr. 51 § 2 h. t. (Julianus): quod siquis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet longe absurdius constitui neutrum lege Aq. teneri aut alte-

rum potius, cum neque impunita esse maleficia oporteat . . .

Paulus R.S. 1, 13ᵃ § 6: qui ancillam alienam virginem immaturam corruperit poena legis Aq. tenebitur.

Gaius 3, 211: itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.

Damit tritt aber die Klage in keinen Gegensatz weder zu den reinen Straf- noch zu den Ersatzklagen. Für erstere, wie sich von selbst versteht, finden sich ganz ähnliche Argumentationen: fr. 70 § 5 de fideiuss. 46, 1 f. Aber auch bei letzteren wird der zu erlangende Ersatz als poena bezeichnet: fr. 9 § 1 qd. fals. tut. 27, 6. pr. de obl. q. ex del. 4, 1. c. un. 7, 47. Freilich sind die Römer des Unterschiedes zwischen Strafe und Ersatz sich bewußt gewesen: fr. 7 § 2 qd. fals. tut. 27, 6. fr. 4 § 7 de da. inf. 39, 2. Allein sie sprechen es geradezu aus, daß nicht dieser Ersatz der Klage, sondern die Grundlage derselben, das Delict, das Entscheidende sei.

fr. 4 § 6 fr. 5 sq. de al. iud. 4, 7: haec actio non est poenalis, sed rei persecutionem arbitrio iudicis continet, quare et heredi dabitur: in heredem autem . . . . vel post annum non dabitur — (Gaius:) quia pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari.

Dasselbe geht denn auch aufs klarste aus fr. 21 § 5 rer. am. 25, 2 hervor. Die actio rerum amotarum wird als wahre condictio behandelt, fr. 23 eod. Dies wird indes eben wegen des zu Grunde liegenden Delictes als Ausnahme bezeichnet. Das Normale also ist, daß ein Delict Strafe nach sich zieht. Diese Strafe kann sich aber als bloßer Ersatz des Interesses darstellen. In der That bezeichnen und behandeln

die Römer reine Ersatzklagen als pönale: fr. 1 § 23 de tut. et rat. 27, 3. fr. 1 § 5 § 8 ne vis fiat 43, 4. Man hat dies auch schon lange erkannt und hervorgehoben [8]). Hieraus erklärt sich fr. 50 pro soc. 17, 2. Die actio Aq. wird ad rei persecutionem respiciens genannt im Gegensatze zur actio furti, die ad poenam dumtaxat geht. Wollte man hier ein Schwanken des Sprachgebrauches gegenüber den eben angeführten Stellen annehmen, so würde man damit den römischen Juristen die irrige Verwechselung der Begriffe Strafe und Entschädigung zur Last legen. Savigny [9]) hat sich consequenter Weise nicht gescheut dies zu thun. Die Stelle rührt jedoch von demselben Paulus her, der R. S. 1, 13ª § 6 c. von einer poena legis Aq. spricht. Man wird daher zunächst versuchen müssen, den Standpunkt beider Stellen zu vereinigen. Und eine solche Vereinigung findet sich in meiner These: der Ersatz wurde bei den Delictsklagen als Strafe angesehen. Naturgemäß muste der Nachdruck auf das Ziel der Klage, also den Ersatz fallen, wo es sich, wie in fr. 50 c., um die Concurrenz des Delicts mit einer Civilklage handelt. Allerdings darf man nicht vergessen, daß die entscheidendsten Stellen von Julian und Gaius herrühren, also von Sabinianern strengster Observanz. Daraus folgt aber lediglich, einmal, daß die Auffassung, welche auf das Delict den Hauptnachdruck legte, die historisch frühere war, und andererseits, daß, wenn auch spätere Juristen das Moment der Entschädigung zu seinem Rechte gelangen ließen, sie doch den ursprünglichen Standpunkt nie ganz aufgaben. Und so sind denn die Römer überhaupt nicht zu einem ganz klaren Principe gelangt. Das war auch geradezu unmöglich, wenn man nicht das eine der

[8]) Kierulff, Theorie des Civilrechts 225. Jhering, Geist des R. R. 1 (ed. 1) 130 f. Mommsen, Beiträge 2, 99, 202. Cohnfeldt, die Lehre vom Interesse 243 ff. vgl. auch Bruns, Ztschr. f. R.G. 1, 67 f.

[9]) Syst. 5, 42 50. vgl. Keller, Pand. 164.

sich nach römischen Begriffen ausschließenden Elemente zu Gunsten des anderen hintansetzen wollte.

3. Die Einheitlichkeit der Aestimation zeigt sich schließlich auch darin, daß, wenn Beklagter die Einrede des Nothstandes erhob, die Klage ganz gegenstandslos wird (VI, 3). Das wäre unerklärlich, wenn nur ein Theil der Schätzung als Civilersatz aufgefaßt würde. Denn Ersatz muste doch gewährt werden, wenn auch die Strafe nachgelassen wäre (vgl. fr. 2 § 2 sq. de aleat. 11, 5).

Wie wenig es richtig ist, die eben entwickelte Lehre als den Römern fremd, und die sie bestätigenden Quellenzeugnisse als aus einem Schwanken des Sprachgebrauches hervorgegangen zu betrachten, ergibt sich beim Eingehen auf Einzelheiten. Man pflegt als Kriterium für die Unterscheidung der verschiedenen Arten von Delictsklagen die Noxalität, den Uebergang der Klage auf die Erben und die Behandlung mehrerer Schuldiger hervorzuheben[10]). Es fragt sich, wie dem gegenüber die Aq. Klage steht.

1. Die Noxalität der actio Aq. ist außer allem Zweifel: es wird davon noch unten zu handeln sein. In derselben Weise aber werden die Ersatzklagen ex delicto noxal gegen den Herrn gegeben: fr. 9 § 1 qd. fals. tut. 27, 6. Das sagt Gaius 4, 75 und fr. 1 § 2 de pr. del. 47, 1 geradezu[11]), und bestätigt fr. 9 § 4 de d. m. 4, 3. Hienach kömmt es wesentlich auf die Grundlage der Klage an. Bildet diese den dolus selbst, ist die Klage also ex delicto, so tritt Noxalität ein; modificiert derselbe dagegen nur eine ursprünglich contractliche

---

[10]) Savigny, Syst. 5, 44.

[11]) ex maleficiis filiorum fam. servorumve noxales actiones proditae sunt. — Non tantum in furti verum in ceteris quoque actionibus quae ex delictis oriuntur, sive civiles sunt sive honorariae, id placet ut noxa caput sequatur.

Verpflichtung, ist also die Klage im Grunde ex contractu, so wird die Klage zur adiectitia.

2. Eine anscheinend große Bedeutung gewinnt die Theorie vom Strafzusatze und von den actiones mixtae gegenüber den reinen Ersatzklagen bei der Frage nach dem passiven Uebergange derselben auf die Erben. Die herschende Meinung lehrt hier nämlich [12]): zweiseitige (reine) Strafklagen gehen nicht gegen den Erben, einseitige Straf- (Ersatz-) Klagen dagegen können gegen denselben angestellt werden, soweit er aus der Handlung seines Erblassers bereichert ist: bei actiones mixtae wird „der Theil der Klage, welcher auf die Entschädigung gerichtet ist, von den Erben eingefordert, soweit dieser reicher aus dem Delicte ist". Diese Theorie ist in Betreff der actiones mixtae offenbar sehr gekünstelt und im Grunde kaum verständlich. Zunächst ist sie, genauer zugesehen, praktisch von gar keiner Erheblichkeit. Denn dem Erfolge nach bleibt es sich entschieden gleich, ob ich eine Klage auf 200 oder 100 erhebe, wenn ich ihr den beschränkenden Zusatz beifüge: aber ich will nur so viel haben, wie der Beklagte noch hat. Nur dann wäre jene Distinction von Bedeutung, wenn die Bereicherung jemals den Betrag der einfachen Aestimation überstiege. Aber ich denke, wenn der Erblasser eine auf 100 abgeschätzte Sache geraubt und für 120 verkauft, der Erbe aber noch diesen ganzen Betrag in Händen hat, man auch abgesehen von der condictio furtiva diesen Betrag und nicht bloß 100 vom Erben wird erlangen können. Die Sache ist übrigens rein illusorisch, da nur die actio vi bon. rapt. auf den Sachwerth, alle andere Klagen auf das Interesse gehen. Dies wird nie kleiner sein als die Bereicherung; und dort hilft die condictio furtiva nach. — Es ist ferner nicht recht ersichtlich, wie jene Theorie im römischen Processe formell zum

---

[12]) Savigny, Syst. 5, 46 f. Keller, Civilpr. 391 f. Pand. 164. Rudorff, RG. 2, 156.

Ausdrucke kommen sollte. Nach dem, was wir von den actiones in duplum wissen, wurde die Verdoppelung erst in der condemnatio der Formel ausgesprochen: quanti ea res est eius duplum u. dgl.[13]). Sollte nun dieselbe Klage gegen den Erben gerichtet werden, so scheint mir das einzig mögliche Verfahren, nach Analogie der actiones adiectitiae die Demonstration und Intention auf den Erblasser, die Condemnation auf den Erben zu stellen und dieser Condemnation die Restriction: in quantum ad eum pervenit oder dumtaxat quantum locupletior factus est unter Weglassung der Duplication beizufügen. Wie war da aber festzustellen, ob nur das Simplum oder das Duplum eingeklagt wurde? — Endlich findet diese ganze Theorie nirgends eine Bestätigung in den Quellen. Es steht principiell unzweifelhaft fest, daß keine Pönalklage gegen den Erben geht: gleichgiltig, ob damit Vindicta, reine Strafe, reiner Ersatz oder Strafe und Ersatz gefordert wird. fr. 1 pr. de pr. del. 47, 1. fr. 111 § 1 de R. J. 50, 17. § 1 de act. q. perp. 4, 12, am bestimmtesten

> Gaius 4, 112: est enim certissima regula iuris, ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere [nec a praetore dari], velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae.

Es ist nothwendig hervorzuheben, daß diese Stellen sämtlich einen Grundsatz aussprechen wollen, und daß sie sich dabei auf das Civilrecht (civilis constitutio, certissima regula iuris) berufen. Sie sind also ohne jede Beschränkung principiell zu verstehen, es ist nicht eine irgendwoher entlehnte Restriction in sie hinein zu tragen[14]). In der That liegt es auf der Hand, daß ein Delict nur den verpflichten kann, der

---

[13]) Keller, semestria 595. Instit. 151. 159.

[14]) A. M. Savigny, Syst. 57 g. Gegen die Meinung (Savigny 487, Keller, Pand. 164), daß die römische Theorie ungerecht sei, s. Bethmann-Hollweg, Civilpr. 2, 294 n. 19.

es begangen hat [15]). Eine selbstverständliche Ausnahme bildet nur der Fall, wo mit dem Verbrecher bereits lis contestiert war. Die Proceßobligation geht wie die Contractsobligationen auf den Erben über. Indessen wenn der Erbe aus dem Delicte des Erblassers bereichert ist, so haftet er bis zum Betrage dieser Bereicherung. fr. 38 de R. J. 50, 17 stellt diesen Grundsatz bestimmt hin:

> Sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset,

fr. 35 pr. de O. et A. bestätigt ihn, und fr. 16 § 2. fr. 19 qd. m. c. 4, 2. fr. 5 pr. de cal. 3, 6 wiederholen ihn in specieller Anwendung. Hienach haften also die Erben nicht als solche, sondern lediglich aus der Bereicherung. Es ist dies kein aus Billigkeitsrücksichten das Princip verletzender positiver Satz, sondern ein anerkanntes, dasselbe kreuzendes Rechtsprincip, aus welchem auch eine Reihe von Condictionen entstanden sind, welche gegen den aus dem Vermögen eines anderen ungerechtfertigter Weise Bereicherten gehen. Die Delictsklagen gegen die Erben sind daher eigentlich lauter condictiones ex iniusta causa. Und deshalb findet denn bei der actio vi bon. rapt. kein „Uebergang der Klage" statt, quia praetor putabat sufficere condictionem, fr. 2 § 27 V. B. R. 47, 8. Sehr einfach erklären sich nunmehr die Stellen, in welchen ausgesprochen wird, die Klage gehe auf Höhe der Bereicherung gegen den Erben. Keine einzige deutet auch nur an, daß darin eine Beschränkung principiell unbeschränkter Haftung liege. Daß vielmehr das umgekehrte Verhältnis stattfinde, zeigt fr. 1 § 6 de eo p. quem 2, 10: adversus heredem autem

[15]) fr. 20 de poen. 48, 19. Dasselbe wird auch von mehreren Ersatz- und gemischten Klagen ausdrücklich bezeugt: fr. 1 § 23 de tut. et rat. 27, 3. fr. 13 pr. de serv. corr. 11, 3. fr. 3 § 5 si mens. 11, 6.

hactenus puto dandam actionem, ut ex dolo defuncti heres non lucretur und namentlich fr. 1 § 48. fr. 2 qd. vi 43, 16:

> ex causa huius interdicti in heredem in factum actio competit in id quod ad eum pervenit.

Darum muß man das nämliche auch anderwärts, wo der Ausdruck nicht unmittelbar darauf hinweist, als Grundlage voraussetzen [16]). Hienach ist also zwischen den Bestandtheilen der actiones mixtae nur ein rein theoretischer Unterschied, der freilich öfters hervorgehoben wird. Die actio Aq. wird von den älteren Juristen mit den Ersatzklagen vollkommen gleich behandelt: es wiederholen sich hier einerseits die principiellen Aussprüche, welche den Uebergang auf den Erben gänzlich in Abrede stellen [17]), andererseits soll mit der Klage die Bereicherung vom Erben eingefordert werden können [18]). Die Institutionen halten allerdings an ihrer Theorie vom Strafzusatze fest § 9 h. t.

> qua ratione creditum est, poenalem esse huius legis actionem, quia non solum tanti quisque obligatur quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris: ideoque constat, in heredem eam actionem non transire, quae transitura fuisset, si ultra damnum nunquam lis aestimaretur.

Allein gerade diese Begründung zeigt die Unhaltbarkeit der Theorie: denn auch die Ersatzklagen gehen ja principiell nicht gegen den Erben. Schrader [19]) sagt zwar, um die motivierenden Worte zu retten: rei autem persecutoriae actionem ex delicto in heredem transire exemplo non caret. Aber selbst wenn dies richtig wäre, würde es nichts beweisen: vielmehr müsten dazu alle Ersatzklagen grundsätzlich gegen den Erben

---

[16]) fr. 4 § 2 de inc. 47, 9. fr. 44 de R. J. 50, 17.
[17]) fr. 10 comm. div. 10, 3.
[18]) fr. 23 § 8 h. t.
[19]) ad h. l. p. 608.

gehen. Es ist indes unrichtig: denn das hinzugefügte Citat § 19 de obl. q. ex del. 4, 1 bezieht sich auf die condictio furtiva, die jedesfalls aus aller Analogie sowol der Strafklagen als der Condictionen herausfällt. Man ist demnach trotz der Institutionen keineswegs berechtigt, die actio Aq. von den Ersatzklagen zu trennen.

3. Das dritte oben angegebene Kriterium ist die Solidarität der Haftung. Hier wird gelehrt: Wenn Mehrere ein Delict begehen, so haftet jeder auf die ganze (Privat-)Strafe und die Zahlung des Einen befreit die Uebrigen nicht (man könnte dies cumulative Haftung nennen); Ersatzklagen gegenüber werden die übrigen Theilnehmer durch Zahlung seitens des Einen befreit. Es ist nun außer allem Zweifel, daß bei der actio l. Aq. die erste Regel eintritt, also cumulative Haftung stattfindet. Offenbar steht dieser Satz im entschiedensten Widerspruche mit der Theorie vom Strafzusatze: danach müste eine solidarische Haftung auf den wahren Sachwerth, eine cumulative auf das etwanige Plus eintreten. Daß diese Entscheidung auf den ersten Blick zu erwarten gewesen wäre, gesteht Savigny selber zu [20]). Er meint indes, die Entscheidung der römischen Juristen lasse sich aus der Eigenthümlichkeit der Schadensästimation erklären und rechtfertigen: das Gesetz erlaube jeden Thäter so zu behandeln, als ob seine That in einem beliebigen Augenblicke des letzten Jahres, bez. der letzten 30 Tage geschehen sei: durch diese Fiction werde es möglich, die That jedes Einzelnen auf einen verschiedenen Augenblick zu verlegen, so daß also jeder auf den vollen Betrag haften müsse. Es erscheint äußerst gefährlich, eine so künstliche Vorstellung als Motiv der Entscheidung anzusehen, welche die römischen Juristen als consequens auctoritati veterum (fr. 5 §. 1 Juliani h. t.) bezeichnen, die folglich gewis eher eine

---

[20]) Syst. 5, 234 f. ähnlich Bethmann-Hollweg 2, 298 n. 20.

starr festgehaltene Consequenz alter Anschauungen, als ein der Rechtfertigung bedürftiges Gebilde neuerer Rechtswissenschaft ist. Die Juristen deuten denn auch nirgends auch nur entfernt auf diesen Weg hin, vielmehr deduciert Ulpian fr. 11 § 2 (offenbar im Anschlusse an Julian) die cumulative Haftung aus dem Pönalcharakter der Klage.

quod si non apparet (sc. cuius ictu perierit servus), omnes quasi occiderint teneri Julianus ait, et si cum uno agatur, ceteri non liberantur: nam ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena.

Und dabei müssen wir zunächst stehen bleiben. Nun ist allerdings richtig, daß alle übrige Ersatzklagen nur eine solidarische Haftung der mehreren Schuldigen voraussetzen. Aber sollte das von jeher so gewesen sein? Aus ihrer delictischen Grundlage folgt das keineswegs; es ist aber nahe gelegt durch den immer mehr hervortretenden Gesichtspunkt des civilrechtlichen Ersatzes. Zudem sind alle diese Klagen prätorisches Ursprunges[21]): man interpretierte das Edict milde unter dem

[21]) Die actio rationibus distrahendis ist ebenso wie die Aquilische eine altcivile; sie stammt schon aus den XII Tafeln (Cic. de off. 3 § 61). Sie geht in duplum, ist also was man eine actio mixta nennt. Ueber die Behandlung mehrerer Vormünder — ob sie solidarisch oder cumulativ haften sollten — scheint man früherhin nicht einig gewesen zu sein: und das würde nur die Annahme des Textes bestätigen. Die solidarische Haftung ist dann wol angenommen (vgl. Huschke, Ztschr. f. CR. u. Pr. N. f. 2, 187), aber Tryphonin drückt sich immerhin nicht bestimmt und entschieden aus. fr. 55 § 1 de adm. et per. 26, 7: sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus, an ea actione, quae proponitur ex lege XII tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur, et quamvis unus duplum praestiterit nihilo minus etiam alii teneantur, nam in aliis furibus non est propterea ceteris poenae deprecatio quod ab uno iam exacta est. sed tutores propter admissam administrationem non tam invito domino contrectare eam videntur, quam perfide agere. (Die Interpunction bei Kriegel ist hier, wie so häufig, ganz sinnlos.)

Einflusse des Bedürfnisses, das nicht die Strafe, sondern die Entschädigung an die Spitze stellte. Jedesfalls darf man in der cumulativen Haftung keinen Grund zur Annahme einer Differenz zwischen der Aquilia und anderen Ersatzklagen finden.

XI.

Gegen die eben entwickelte Lehre könnte man ein Argument aus den Rechtssätzen über die Klagenconcurrenz hernehmen wollen. Es kömmt mir nicht ein, dieses Thema hier weitläufig zu erörtern, selbst nur bezüglich der Delictsklagen. Lediglich darum handelt es sich mir, die aufgestellten Sätze gegen Einwände von jener Seite her zu wahren.

1. Daß die öffentliche Anklage ex lege Cornelia die Aq. Klage nicht ausschloß, steht. fest[1]), ebenso wenig wurde dieselbe dadurch auf den einfachen Ersatz ohne Strafplus beschränkt, sondern die Klagen concurrieren ganz frei. Anscheinend tritt indes mit meiner Meinung, daß man den Ersatz als poena betrachtete, fr. 7 § 1 de iniur. 47, 10 in geradesten Widerspruch.

> Si dicatur homo iniuria occisus, numquid non debeat permittere Praetor privato iudicio legi Corneliae praeiudicari? . . . rectius igitur fecerit, si huius modi actionem non dederit. atquin solemus dicere, ex quibus causis publica sunt iudicia, ex his causis non esse nos prohibendos, quominus et privato agamus. est hoc verum: sed ubi non principaliter de ea re agitur, quae habet publicam executionem. quid ergo de lege Aquilia dicemus, nam et ea actio principaliter hoc continet homi-

[1]) fr. 23 § 9 h. t. Coll. 12, 7 § 2. fr. 14 § 1 de praescr. 19, 5. fr. 4 de publ. iud. 48, 1 bezieht sich auf die formelle Behandlung mehrerer Rechtsstreitigkeiten. Cuiac. obss. 20, 36. Suarez 3, 1. 1 § 12 p. 145, so wol auch fr. 2 § 1 v. b. r. 47, 8.

nem occisum. non principaliter[2]); nam ibi principaliter de damno agitur quod domino datum est; at in actione iniuriarum de ipsa caede . . . non ut damnum sarciatur.

Hier ist im Gegensatze zur Injurienklage der Nachdruck entschieden darauf gelegt, daß es sich nicht um die Tödtung des Sklaven selbst, sondern um die dadurch vermittelte Vermögensminderung handle. Man sollte daraus schließen, Ulpian neige dahin, die Aquilia mehr als reine Ersatzklage aufzufassen und die delictische Basis zu übersehen. Genauer betrachtet ist dem aber nicht so. Es ist schon oben hervorgehoben, wie der Wortlaut des Gesetzes selbst und diesem folgend die Interpretation in dem damnum nicht sowol die Beschädigung an sich als den dadurch herbeigeführten Vermögensnachtheil sah. Ulpian sagt also hier nichts Neues, sondern bestätigt nur jene alte Anschauung. Diese muste er aber betonen, um die Cumulation der beiden Strafen ex lege Cornelia und Aquilia zu erklären: wurde mit beiden dasselbe Vergehen geahndet, so muste naturgemäß die eine die andere ausschließen, wie dies bei der actio iniuriarum wirklich geschieht: es stehen aber verschiedene Vergehen zur Frage: Tödtung und Sachbeschädigung. So nur kömmt die Stelle in Einklang mit anderen Entscheidungen Ulpians.

2. Viel schwieriger ist das Verhältnis unserer Klage zu den übrigen Delictsklagen und zu den Contractsklagen. Eine wahre Concurrenz (Collision) mit den ersteren findet eigentlich nur da statt, wo dieselbe Thatsache als solche zwei verschiedene Vergehen enthält, z. B. die Tödtung eines Sklaven zugleich gegen die lex Aquilia und Cornelia verstößt, die Stupration einer ancilla immatura zugleich den Thatbestand

---

[2]) So muß man entschieden mit Weber, Injurien 2, 76 n. 8 interpungieren. Das bestätigen auch die Bas. 60, 21. 7 (5, 621) und Sch. 2: *ἀλλὰ ταῦτα πάντα εἰπὼν ὡς ἐν ἀντιθέσει λοιπὸν προφέρει τὴν λύσιν.*

der Sachbeschädigung und der Injurie darstellt. Ganz anders bei der Concurrenz mit den Vertragsklagen. Denn, wie schon oben besprochen, ist hier nicht das Factum als solches, sondern die Vertragsverletzung das Fundament der Klage, d. h. im Grunde der Vertrag selber. Die Culpa in Vertragsverhältnissen wirkt bekanntlich nur modificierend, nicht rechtsbegründend. Von einer eigentlichen Concurrenz, der die Identität des Objectes als Basis dienen müste, kann daher hier füglich nicht die Rede sein[3]). Uebrigens hat man m. E. bei dieser ganzen Lehre den Unterschied von denegatio actionis und comparatio exceptionis viel zu wenig berücksichtigt. Manche der Stellen controvertieren gar nicht über die materielle Collision, sondern lediglich über die formelle Behandlung der Sachen, nicht sowol wegen des Principes der Reihenfolge, als weil es an sich wesentlich ist, ob der Kläger a limine zurückgewiesen, oder seine Klage durch exceptio doli vor dem Richter zu Falle gebracht wird. Darauf geht auch das vielbesprochene fr. 41 § 1 de O. et A. 44, 7 (Gaius):

> Si eodem facto duae competant actiones, postea iudicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione id actor ferat, si tantundem aut minus nil consequatur[4]).

Zu einer genaueren Erörterung dieses Punktes bietet sich vielleicht anderswo Gelegenheit.

Ueber die materielle Concurrenz der Delictsklagen haben wir eine ausführliche Stelle

> fr. 34 pr. de O. et A.: Qui servum alienum iniuriose verberat ex uno facto incidit et in Aquiliam et in actionem iniuriarum. iniuria enim ex affectu

---

[3]) Savigny, Syst. 5, 206 a.

[4]) Dies ist wol die kritisch und dem Sinne nach richtigste Lesart. vgl. Huschke, Ztschr. f. CR. u. Pr. N. f. 2, 180.

fit, damnum ex culpa; et ideo possunt utrae[5]) competere: sed quidam [aiunt], altera electa alteram consumi, alii per legis Aquiliae actionem iniuriarum consumi, quia desiit bonum et aequum esse, condemnari eum qui aestimationem praestitit. sed si ante iniuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia. sed et haec sententia per Praetorem inhibenda est, nisi in id quod amplius ex lege Aq. competat agatur. rationabilius itaque est eam admitti sententiam, ut liceat ei quam voluerit prius actionem exercere, quod autem amplius in altera est etiam hoc exsequi.

Diese Stelle ist aus dem Buche des Paulus de concurrentibus actionibus, in welchem also unsere Lehre ex professo abgehandelt wurde. Dadurch erhält die klar ausgesprochene Meinung des Paulus ein ganz besonderes Gewicht. Denn alle übrige Quellenzeugnisse sind nachlässig hingeworfene und verstümmelte Aeußerungen Anderer [6]). Von vornherein ist es daher gewagt, die Autorität der classischen Paulinischen Stelle diesen gegenüber gering anzuschlagen. Auch dagegen, daß Paulus eine unrichtige, von Justinian verworfene Meinung in diesem Werke vertreten habe, wie Savigny behauptet, spricht eine starke Vermuthung. — Nach dem Berichte unserer Stelle nun bestanden über die Klagencollision drei verschiedene Meinungen. Die Einen ließen die Klagen electiv concurrieren, die Anderen wollten die actio iniuriarum nach der Aquilia nicht mehr zulassen, weil die Formel der ersteren der richterlichen Schätzung freien Lauf gewährte und es nicht angemessen erschien, nachdem der denkbar höchste Werth mit der Aquilia bereits erlangt war, nochmals eine davon unabhängige freie

[5]) Hier merkt Kriegel Haloanders und Torellis zweifellose Emendation utraeque nicht einmal an.

[6]) Worte Thibauts, Abhandl. 148.

Aestimation zu gestatten. Der Gegensatz der Paulinischen gegen die erst angeführte Meinung (scheinbar nach fr. 32 de O. et A. die Modestins) liegt nun darin, daß Paulus allerdings jedes Delict als selbständig betrachtete und daher auch principiell aus jedem einzelnen eine Klage entstehen ließ, daß er aber durch beide Klagen nicht mehr als den höchstmöglichen Ersatz erlangt wissen wollte, poena maior absorbet minorem. Die erste Meinung hielt in dem einen Verbrechen auch das andere für gestraft; die Mittelmeinung band sich streng an die Formel. Daß Paulus sich der letzteren in soweit anschloß, als er principiell das freie Nebeneinanderstehen beider Klagen anerkannte, zeigen die Worte: sed et haec sententia per praetorem inhibenda est, welche nicht einen Gegensatz, sondern nur eine Modification der vorhin erwähnten Ansicht bekunden. Formell will also Paulus, daß sich der Prätor durch interrogatio in iure oder wie sonst überzeuge, ob schon einmal aus dem zur Frage stehenden Delicte geklagt sei: fand sich, daß damit noch nicht der höchste Ersatz erlangt sei, so gab er die actio nur auf das Plus, etwa mit Hilfe einer Präscription. War dagegen die maior actio schon vorher angestellt, so denegierte der Prätor die Klage oder gab eine exceptio doli, welche den Angriff entkräftete. Dies folgt aus fr. 1 (Pauli) vi bon. rapt. 47, 8.

> Qui rem rapuit et furti nec manifesti tenetur in duplum et vi bonorum raptorum in quadruplum. sed si ante actum sit vi bonorum raptorum deneganda est furti, si ante furti actum est non est illa deneganda, ut tamen id quod amplius in ea est consequatur.

und ebenso fr. 88 § 1 Pauli de furt. 47, 2. fr. 1 arb. furt. caes. 47, 7 [7]). Die formelle Behandlung ist also in diesem

[7]) fr. 11 eod. ist jedesfalls die Restriction des fr. 1 hineinzulegen: Brackenhöft, Identität der Rechtsverhältnisse 339 n. 11.

letzten Falle nicht von der verschieden, welche die reine Consumptionstheorie vorschreibt. Im materiellen Principe trifft sie so ziemlich mit der Vermittelungstheorie zusammen. Allein sie wahrt vor Allem die Unabhängigkeit der Klagen von einander, indem sie beiden Wirkung gewährte, nicht eine Consumption eintreten läßt. Damit ist festgestellt, daß Paulus die delictische Grundlage, auch der lex Aquilia, zur Geltung kommen ließ; daß er nicht sowol darauf sah, ob genügende Entschädigung geleistet würde, als darauf, daß jedes Vergehen geahndet werde. Auf der anderen Seite aber entspricht die Paulinische Theorie auch dem Bedürfnisse nach Entschädigung für den durch die Delicte herbeigeführten Vermögensnachtheil am besten.

Man hat nun aber behauptet [8]), Paulus stehe mit der eben entwickelten Lehre ganz allein, nicht nur lehrten Papinian und Ulpian, daß die Delictsklagen unverkürzt neben und nach einander angestellt werden dürften, sondern diese Theorie sei auch von Justinian in der Compilation zu Grunde gelegt und also praktisches Recht. Daß Paulus eine der seinigen so schroff gegenüber stehende Meinung seines Lehrers und eines Zeitgenossen im fr. 34 c. nicht erwähnt haben sollte, während er andere augenscheinlich schwächer begründete und im praktischen Resultate minder abweichende anführt, ist schwer glaublich; daß Justinian zwei derartige praktisch unvereinbare Theorien unvermittelt in die Pandekten aufgenommen haben sollte, ganz unwahrscheinlich. Man beruft sich dafür auf folgende Stelle:

> fr. 15 § 46 de iniur. 47, 10. Siquis servo verberato iniuriarum egerit, deinde postea damni iniuriae aget, Labeo scribit, eandem rem non esse,

8) Savigny, Syst. 5, 241. s. dagegen Vangerow, Pand. 3 § 572.

quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam.

Hier soll Ulpian (oder vielmehr Labeo) den in fr. 34 c. von Paulus behandelten Einzelfall in anderem Sinne entschieden haben. In der That bedient sich Ulpian hier fast derselben Argumentation wie im fr. 7 § 1 de iniur., um auszuführen, daß in dem einen Schlage zwei Vergehen enthalten sind, je nachdem man ihn aus verschiedenen Gesichtspunkten betrachtet: als Sachbeschädigung oder Beleidigung. Jedesfalls also werden beide Klagen zulässig sein: ob sie aber cumulativ neben einander stehen oder eine die andere beschränke, darüber sagt die Stelle gar nichts. Auch aus fr. 25 eod. und fr. 6 pr. ad l. Jul. de adult. 48, 5 ist nichts Bestimmtes zu folgern. Sie bezeugen eben alle, daß die Klagen principiell sich nicht ausschließen, sagen aber nichts über den Erfolg derselben. Die Schlußworte der letzten Stelle: nec propter plures actiones parcendum erit in huius modi crimine reo sind jedesfalls zu allgemein, um die unbeschränkte Cumulation daraus zu schließen. Die Meinung, welche dies thut, muß die Worte so verstehen: wegen der mehreren Klagen darf der Schuldige nicht geschont werden, d. h. die mehreren Klagen sollen schonungslos gegen ihn gebraucht werden. Entsprechender dem Zusammenhange scheint mir dagegen, daß Papinian, nachdem er die mancherlei Klagen aus dem stuprum ancillae aufgezählt hat, hinzufügt: und weil mehrere Klagen da sind, darf man den Schuldigen nicht schonen, d. h. dem Verletzten, weil andere Klagen zur Verfügung stehen, eine absprechen[9]). Ganz ähnlich ist auf fr. 2 § 10 de vi bon. rapt. zu erklären. Savigny erklärt die Worte: ceterum neque furti actio neque legis Aquiliae contributae sunt in hoc edicto dahin:

---

[9]) Bas. 60, 37. 8 (5, 718): *καὶ οἰ φειδόμεθα τοῦ ἐναγομένου διὰ τὸ πολλὰς αγωγὰς ἔχειν.*

ihre Strafen gelten noch außer der durch dieses Edict bestimmten Strafe. Das ist aber gewis nicht zutreffend. Der Gegensatz: licet interdum communes sunt cum hoc edicto beweist das sofort. Ulpian sagt vielmehr, diese Klagen seien nicht diesem Edicte mit zugetheilt, d. h. sie würden nicht durch die Klage aus diesem Edicte consumiert, der Räuber sei zwar fur improbior, aber nicht ein Dieb schlechthin[10]). Ueberall sehen wir hienach die Spitze der Einzelentscheidungen gegen die Consumptionstheorie gerichtet, welche ja auch Paulus verwirft, und gegen diese wenden sich Ulpian (fr. 60 de O. et A. 44, 7 und fr. 130 de R. J. 50, 17) und Hermogenian (fr. 32 de O. et A. 44, 7) auch in allgemeineren Aussprüchen. Die Paulinische Lehre dagegen ficht keine dieser Stellen an. Sie ist die im Justinianischen Rechte herschende. Das beweisen schließlich auch die Basiliken. In der Uebersetzung von fr. 34 cit. (52, 1. 34. 5 p. 108) lassen sie alle Controversen weg und lehren einfach die restrictive Cumulation; das Scholion 39 zu Bas. 60, 21. 15. (5, 631) = fr. 15 § 46 de iniur. sagt ausdrücklich:

> *εἴ τις οὖν κινήσει τὴν ἰνιουριάρουμ μετὰ δὲ ταῦτα τὸν Ἀκουίλιον κινεῖ, οὐ δοκεῖ περὶ τῆς αὐτῆς αἰτίας κινεῖν, πλὴν ἐπὶ τῷ περιττῷ καὶ μόνῳ . . . . δούλου τυπτομένου καὶ ἡ περὶ ὕβρεως καὶ ὁ Ἀκουίλιος ἁρμόζει, καὶ τῆς μιᾶς κινουμένης ἡ ἑτέρα ἐπὶ τῷ περιττῷ μένει σωζομένη.*

Die Worte des fr. 5 § 1 h. t. et duae erunt aestimationes alia damni alia contumeliae geben die Bas. 60, 3. 5 (5,

---

[10]) Die Bas. 60, 17. 2 (5, 563) übersetzen das contribuere mit: *περιέχονται τούτῳ τῷ διατάγματι.* Eigenthümlich sind die Interpretationen der Scholiasten. Sie scheinen anzunehmen, daß wegen der Besonderheiten der actio vi bon. rapt. die actio furti und Aq. in diesen Fällen unzulässig sind: *ἐνταῦθα δὲ οὐχ ἁρμόζει* (ὁ *Ἀκουίλιος*) *καὶ διὰ τοῦτο λέγει, ὅτι οὐ συμπεριέχεται τῷ παρόντι παραγγέλματι.*

265) wieder: *καὶ δύο γίνονται καταδίκαι*, aber der Scholiast setzt hinzu (n. 5):

> *εἰ γοῦν τὴν ζημίαν κινήσω καὶ μὴ ἀναπληρωθῶ [διὰ] τῆς εἰς τὸ πλέον κολαζούσης τὴν ποινὴν σώζεταί μοι ἡ ἑτέρα ἐπὶ τῷ περιττῷ.*

Allerdings aber kömmt diese Paulinische Lehre nur in den Fällen wahrer idealer Verbrechensconcurrenz zur Anwendung; wo eine reale Concurrenz vorliegt, da gehen die Klagen in ihrem vollen Umfange neben einander gegen den Schuldigen [11]. Hier versteht es sich nun von selbst, daß eine Handlung die beiden Verbrechen begründen muß. Wenn ein entwendeter Sklave getödtet wird, so haben wir zwei verschiedene Handlungen, die jede für sich den Thatbestand eines besondern Vergehens darstellen. Ferner muß das Object der verbrecherischen Thätigkeit das nämliche sein. Wenn ich einen Sklaven zum Diebstahle anstifte, so ist das freilich äußerlich eine ungetheilte Thätigkeit: indes genauer zugesehen corrumpiere ich damit den Sklaven, den ich zum fur mache, und bin Gehilfe beim Diebstahle. Der Thatbestand der actio servi corrupti und der der actio furti sind also vollkommen unabhängig von einander vorhanden. Denn nach römischer Anschauung wird der cuius ope et consilio furtum factum est als wirklicher Dieb bestraft. Und daher hat der Eigenthümer des Sklaven beide Klagen unvermindert: fr. 11 § 2 de serv. corr. 11, 3. Endlich ist es nothwendig, daß auch wirklich die ganze ungetheilte Handlung mehrere Vergehen in sich fast, daß nicht etwa ein Theil der verbrecherischen Thätigkeit als Thatbestand eines selbständigen Verbrechens ausgeschieden werden könne. Auch hier ist die Concurrenz eine reale; die Delicte fallen nur zufällig zeitlich zusammen. So wenn ein Sklave im Winter der Kleider beraubt wird und in Folge dessen erfriert. Hier

---

[11]) s. bes. Brackenhöft, Identität u. mat. Connexität 340 f. Vangerow 3 § 572. auch Huschke, Ztschr. f. CR. 2, 183 ff.

kann wegen der gestohlenen Sachen mit actio furti geklagt werden, wegen Tödtung des Sklaven mit der in factum actio ex l. Aq. Die beiden Delicte sind unabhängig von einander, obgleich das eine die Ursache des anderen, wenn man will, ein Anfang der Ausführung ist: fr. 14 § 1 de praescr. 19, 5.

3. Bedenklicher als diese Collision der Aquilia mit Delictsklagen könnte gegen deren behauptete Delictsnatur die Concurrenz mit den Contractsklagen machen. Savigny hebt hier ausdrücklich hervor, die Aq. werde durch die vorher angestellte Contractsklage, soweit sie auf reine Entschädigung gehe, absorbiert, der Strafzusatz könne indes noch eingeklagt werden [12]. Dem Ergebnisse nach mag dies zutreffen, doch war es nicht die römische Anschauung. Vielmehr ist das Princip auch bei dieser Concurrenz freie Cumulation [13]. Und das ist in der That das einzig Consequente. Die lex Aq. stützt sich auf eine das damnum veranlassende culpa: die reipersecutorische Klage auf ein Rechtsverhältnis, was den Beklagten zur Herausgabe oder zum Ersatze einer dem Kläger zuständigen Sache oder zu einer sonstigen Leistung verpflichtet. In ihrer Grundlage haben also die Klagen gar keine Berührungspunkte. Allein auch hier macht sich geltend, daß die poena der Aquilia Ersatz ist: daß also die Klagen ihrem Ergebnisse nach das Gleiche anstreben. Damit aber kömmt der Savignysche Satz zur Hebung, daß man nicht nochmals mit einer anderen Klage erlangen dürfe, was man schon vorher erlangt habe. Um dies praktische Resultat zu erreichen und zugleich das Princip zu wahren, muste man zu künstlichen Mitteln greifen.

fr. 13 de R. V. 6, 1 . . . quamquam et legis Aquiliae actione (nämlich außer der Vindication) conveniri possessor possit. unde quaeritur, an non alias

---

[12]) System 5, 249.

[13]) Ganz anderer Meinung ist freilich Brackenhöft a. a. O. 318 ff.

iudex damnum aestimare debeat (sc. in iudicatione), quam si remittatur actio l. Aq.: et Labeo putat, cavere petitorem oportere lege Aq. [se] non acturum. quae sententia vera est.

fr. 36 § 2 Pauli de H. P. 5, 3: Si possessor hereditarium servum occiderit, id quoque in hereditatis petitione veniet: sed Pomponius ait, actorem debere eligere, utrum velit sibi eum condemnari, ut caveat se non acturum lege Aquilia, an malit, integram sibi esse actionem l. Aq. omissa eius rei aestimatione a iudice.

fr. 7 § 1 Ulpiani Comm. 13, 6: sed si legis Aquiliae adversus socium eius habuit commodator actionem, videndum est, ne cedere debeat, si forte damnum dedit alter, quod hic qui convenitur commodati actione sarcire compellitur: nam et si adversus ipsum habuit Aquiliae actionem commodator, aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem: nisi forte quis dixerit, agendo eum e lege Aq. hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est: quod videtur habere rationem.

Die beiden ersten Stellen referieren die Meinung älterer Juristen, des Labeo und Pomponius[14]), die letzte ist von Ulpian. Sie zeigen deutlich wie die Jurisprudenz zuerst strenge Sicherungsmittel gegen die zweite Klage für nothwendig hielt: daß diese also keineswegs consumiert wurde. Sonst wäre die exceptio rei iudicatae oder doli ganz selbstverständlich gewesen.

[14]) Das fr. 36 § 2 c. ist aus Paulus Buche ad edictum entnommen, das Citat bezieht sich also sicher auf das gleichnamige Werk des Pomponius. Dieses ist aber vor Julians Digesten geschrieben. Fitting, über das Alter der Schriften röm. Juristen S. 13 fg. Damit ist die alterthümliche Theorie hinreichend erklärt.

Ulpian begnügt sich schon statt der Caution mit der Remission. Beide waren wol nicht identisch: vielmehr scheint letztere lediglich in einem feierlichen Verzichte vor dem Prätor oder einer Pönalstipulation bestanden zu haben[15]). Hiedurch wurde die cumulative Concurrenz dem Ergebnisse nach zur rein electiven. Eine weitere Wandlung aber vollzog sich. Wenn man die delictische Grundlage der actio in Betracht nahm, so wurde man darauf geführt, dem Kläger den denkbar höchsten Ersatz zuzubilligen. Den zu diesem Behufe einzuschlagenden Weg deutet Ulpian an: die beschränkte Verurtheilung aus der zweiten Klage. Und dies ist denn später das Gewöhnliche geworden. Die Basiliken erwähnen die Remission gar nicht. Nach dieser Theorie wirkt also der Prätor auf die zweite Klage nicht ein, wie bei den actiones poenales, sondern die Beschränkung der Condemnation gehört zum officium iudicis. Dies bestätigt das oben schon besprochene fr. 41 § 2 de O. et A. 44, 7. Die Klage wird dem ursprünglichen Principe gemäß neben und nach der andern angestellt, nur freilich nun so, daß der Kläger leer ausgeht (nil consequatur), wenn er schon den höchsten Ersatz bekommen hat. Daß dies in Form der Absolution des Beklagten geschah, ist mehr als wahrscheinlich. — Nach diesen Bemerkungen werden sich die Quellenstellen erledigen, welche man von dem völligen Erlöschen der zweiten Klage hat verstehen wollen: fr. 18 h. t. fr. 50 pro soc. 17, 2 (Paulus): sed actione pro socio consequitur, ut alter actione contentus esse debeat. Das contentum esse deutet leise darauf hin, daß die zweite Klage nur officio iudicis gegenstandslos werde[16]). Aehnlich auch fr. 27 § 11 h. t. von Ulpian, was doch unmöglich mit fr. 7 § 2 c. und fr. 16 § 4 fam. erc. 10, 2 geradezu im Widerspruche stehen kann[17]).

[15]) vgl. fr. 7 § 6 de lib. leg. 34, 3. fr. 9 § 1 de duob. r. 45, 2.

[16]) vgl. fr. 3 § 5 naut. caup. 4, 9.

[17]) Suarez 3, 3 § 19 p. 152 bezieht diese Stelle sehr passend auf zwei

Die Worte des Gaius fr. 18 § 1 Comm. 13, 6: siqua earum actum fuerit aliae tollentur lassen sich ebenfalls von der unbrauchbar und erfolglos gewordenen Klage verstehen. Bemerkenswerth an sich, weil aus dem classischen Werke des Paulus entnommen, aber namentlich deshalb, weil man eine Unterstützung für die Strafzusatztheorie darin finden könnte, ist

> fr. 34 § 2 de O. et A. 44, 7: et hoc in legis Aq. actione dicitur, si tibi commodavero vestimenta et tu ea ruperis: utraeque enim actiones rei persecutionem continent, et quidem post legis Aq. actionem utique commodati finietur. post commodati an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione XXX dierum amplius est, dubitatur. sed verius est remanere, quia simplo accedit et simplo subducto locum non habet.

So liest die Florentina und das Fehlen des non vor remanere bestätigen die Basiliken 52, 1. 33 (5, 108): *ταύτης δὲ κινουμένης ἐπὶ τῷ περιττῷ σώζεται* die Aquilia. Hieraus ergibt sich im Grunde die Tilgung des non vor habet von selbst. Denn daß nur entweder beide Negationen stehen oder beide fehlen können ist zweifellos [18]). Danach wäre dann der Sinn ein ganz einfacher: Paulus läßt die Aquilia nach der Commodatsklage zu, weil damit ein höherer Ersatz erlangt werden kann. Die vorhergehenden Worte deuten dann auf die, wie auch aus Ulpians nisi forte fr. 7 § 1 comm. zu schließen, in jener Zeit noch regen Zweifel, ob nicht Caution oder Remission eintreten müsse. Dagegen will Huschke [19]) beidemal das non festhalten. Er behauptet, Paulus argumentiere aus der accessorischen Natur des Plus der Aq. Aesti-

Noxalklagen, die einander naturgemäß ausschließen. fr. 2 § 3 extr. de pr. del. 47, 1.

[18]) Cuiac. obss. 3, 25. Savigny 230 f. gibt eine Erklärung der Florentina in demselben Sinne.

[19]) a. a. O. 185.

mation, und weist dann nach, daß das Plus eben keine Accession, sondern eine qualitative Affection des einfachen Betrages sei, Paulus also eine irrige Meinung vertrete. Sollte man da nicht umgekehrt schließen dürfen, indem man bei Paulus eine richtige Anschauung von der Sache voraussetzt? In der That will der Jurist mit den Worten quia simplo accedit nicht dem Plus eine besondere Qualität zuweisen, sondern er stellt die Aquilia in Vergleich mit der Commodatsklage, durch welche man nur einfache Schätzung erlangt, und dieser gegenüber erscheint das durch die Aquilia eingezogene Mehr allerdings als ein Accessit.

XII.

Die nunmehr in ihrem processualischen und materiellen Charakter beschriebene Aq. Klage war zunächst auf einen kleinen Kreis von Anwendungsfällen beschränkt, ist später aber durch Interpretation weiter gebildet und durch an sie anlehnende Klagen — actiones utiles und in factum — über ihre ursprünglichen Grenzen ausgedehnt. Es fragt sich, in welchem Verhältnisse diese Erweiterungen zur Hauptklage und unter einander stehen.

Für diese allmähliche Ausdehnung stellt Justinian § 16 h. t. ein Princip auf, welches die Art, wie der Schade zugefügt worden ist, zum Ausgangspunkte nimmt. Die directa actio wird danach gegeben, si praecipue corpore suo damnum dederit, das sog. damnum corpore corpori datum; die utilis, wenn zwar eine fremde Sache körperlich beschädigt ist, indes alio modo, das damnum corpori datum; endlich die in factum, wenn weder corpore noch corpori, sondern irgendwie anders ein damnum angerichtet ist[1]). Es ist nun ganz

[1]) Savigny 5, 95 g meint, in § 16 c. sei aus der ungenauen Zusammenfügung der Bestandtheile der falsche Schein hervorgegangen, als ob zwei ungleichzeitige Stufen der Erweiterung unterschieden würden. Allerdings macht Justinian zu den Worten des Gaius einen Zusatz, welcher

unzweifelhaft, daß die actiones in factum auf die Fälle, welche Justinian ihnen zuweist, nicht beschränkt gewesen sind: das zeigen Justinians eigene Beispiele für die utiles actiones. Wenn ein Thier eingesperrt und verhungert ist, so gibt Ulpian fr. 2 § 20 vi bon. rapt. 47, 8 ebenfalls die utilis, fr. 29 § 7 h. t. dagegen die in factum, und ebenso Neratius fr. 9 § 2 h. t.; wenn Vieh gescheucht wird und vom Felsen sich todt stürzt, so ertheilt Gaius fr. 51 de furt. 47, 2 eine utilis actio damni iniuria quasi ex lege Aquilia, Neratius in gleichem Falle fr. 53 h. t. die in factum. Hienach steht also fest, daß utilis und in factum actio neben einander stehen. Den Ausgangspunkt für Justinians Darstellung hat offenbar Gaius 3, 219 gebildet. Es ist dessen Worten jedoch ein Zusatz beigefügt, der ihren Sinn vollständig verändert. Denn genauer angesehen liegt denselben eine ganz andere Anschauung zu Grunde als denen Justinians:

> et placuit ita demum ex ista lege actionem esse, siquis corpore suo damnum dederit. atqui alio modo damno dato utiles actiones dantur.

Er stellt zunächst fest, daß die eigentliche Aq. Klage ausschließlich (das unbestimmte Justinianische praecipue findet sich hier nicht) in den Fällen zulässig sei, wo wirklich eine körperliche Sache durch körperliche Einwirkung beschädigt ist. Alle übrige Fälle weist er der actio utilis zu, deren Anwendungsgebiet er in keiner Weise begrenzt. Denn die Worte alio modo damno dato umfassen eben Alles, auch die Fälle der in f. actio im Sinne der Institutionen. Justinian selbst gebraucht ja für beide Kategorien diesen selben Ausdruck, dessen Bedeutung er bei den in factum actiones durch einen Zusatz modificiert.

deren Sinn verkehrt. Allein es ist doch sicherlich anzunehmen, daß dieser Zusatz mit Bewußtsein gemacht ist. Dann aber will Justinian eben so wenig wie Gaius die historische Aufeinanderfolge als das systematische Nebeneinander der actiones behandeln.

Jedesfalls darf man bei Gaius, der die in f. actiones überhaupt nirgends erwähnt, eine Bestätigung des Justinianischen Systemes nicht finden.

Ein ganz anderes System scheinen nun aber die älteren römischen Juristen vor Augen gehabt zu haben. Pomponius fr. 11 de praescr. 19, 5 sagt:

> Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex iusta ac necessaria sit, supplet Praetor in eo quod legi deest. quod facit in lege Aq. reddendo actiones in factum legi Aq. accommodatas, idque utilitas eius legis exigit.

Er erwähnt also der ut. actiones gar nicht, obgleich die suppletio dessen, was dem Gesetze fehlt, gerade ihr eigentliches Gebiet ist, sondern läßt alle Fortbildung und Ausdehnung durch in f. actiones vermitteln. Ebenso meint Celsus Coll. 12, 7 § 5:

> si stipulam incendentis ignis effugit, Aq. lege eum non teneri, sed in factum agendum, quia etc.

Es handelt sich ihm sonach nur um die Wahl zwischen directa und in factum, obgleich doch in diesem Falle offensichtlich ein dammum corpori datum vorhanden ist. Der nämlichen Theorie folgen auch Paulus, dessen Worte fr. 33 § 1 h. t. in damnis quae lege Aq. non tenentur in factum datur actio ohne diese Unterlage gar keinen Sinn hätten, und Ulpian fr. 1 § 7 si quadr. 9, 1, wonach gerade alles non suo corpore damnum datum den in factum actiones zufällt. Von einer andern Seite bestätigen dies Labeo und Javolen in dem später noch zu besprechenden fr. 57 loc. 19, 2. Der Grund, weswegen hier die Klage dem Eigenthümer versagt wird, ist die causa extrinsecus allata, nicht der Mangel körperlicher Einwirkung auf das zerstörte Haus. Und so legt auch Celsus

fr. 27 § 14 sq. h. t. allen Nachdruck auf die Corruption: wo diese vorhanden ist, gibt er die directa; wo nicht, eine in factum actio. Namentlich aus dieser letzten Stelle in Verbindung mit fr. 33 § 1 h. t. ergibt sich, daß die actiones in factum als solche nicht Klagen aus dem Aquilischen Gesetze, sondern nur analoga derselben sind; daß sie zur Condemnation führen, weil der Prätor es will, nicht weil das Gesetz es vorschreibt. Dies ist auch allein dem Wesen der in factum actiones entsprechend. Dagegen werden die actiones in factum unter dem Gegenstandsnamen actio damni iniuriae vielfach mitbegriffen, z. B. fr. 27 § 21 h. t., während freilich auch hie und da diese Bezeichnung auf die directa actio beschränkt ist.

Allerdings ist der Sprachgebrauch der Digesten kein in jeder Beziehung zuverlässiger. Die c. 5 h. t. gibt, wenn ein fremdes Thier eingesperrt und verhungert ist, eine legis A. actio, während dieser Fall doch zweifellos außerhalb der Grenzen der directa a. liegt. Die Constitution ist aus dem Beginne des 4. Jahrhundert. Man fieng also schon da an, unter der Bezeichnung a. l. A. auch die Nachbildungen der ursprünglichen Klage zu begreifen. Gewis war dieser Misbrauch zur Zeit der Compilation noch verbreiteter. Auch in den Digesten finden sich Spuren. Paulus fr. 28 pr. h. t. sagt von denen, die Bärengruben an der Straße anlegen, in welche Thiere stürzen und sich beschädigen: lege A. obligati sunt; Ulpian fr. 5 § 3 h. t. berichtet: Julianus scribit, Aquilia teneri eum, welcher seinen Lehrling verwundet; und fügt hinzu: sed lege A. posse agi non dubito. Dort ist nur eine causae praestatio vorhanden, hier mangelt dem Vater das Requisit des Eigenthumes am Körper des Sohnes (Lehrlinges): eine directa a. ist also in beiden Fällen unbegründet. Es kam jedoch hier nur auf die Frage an, ob Erfordernisse, welche den drei Klagarten gemeinschaftlich sind, vorliegen oder

nicht: deshalb brauchte auf diese Distinction kein besonderes Gewicht gelegt zu werden. Möglich, daß sich einige von den unten zu behandelnden Schwierigkeiten mit Rücksicht auf diesen laxeren Sprachgebrauch beseitigen ließen. Allein ohne zwingende Nothwendigkeit ist dies Mittel nicht anzuwenden. Denn vielfach wird an Stellen, wo man es nicht erwarten sollte, der Unterschied der direkten und der nachgebildeten Klage hervorgehoben (fr. 30 § 2 h. t.). Es gilt nun, das Princip dieses Unterschiedes zu finden, nach welchem man die actio directa gegen die in factum abgrenzte.

1. Bei der Interpretation des ersten Capitels wird das occidere vom mortis causam praestare unterschieden und danach entweder die directa oder in factum actio gegeben.

> Ulpianus fr. 7 § 6 h. t. Celsus autem multum interesse dicit, occiderit an mortis causam praestiterit, ut qui mortis causam praestitit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur.
>
> Ulpianus fr. 9 pr. eod. Item si obstetrix medicamentum dederit et inde mulier perierit, Labeo distinguit, ut si quidem suis manibus supposuit videatur occidisse: sin vero dedit, ut sibi mulier offerret, in factum actionem dandam: quae sententia vera est, magis enim causam mortis praestitit quam occidit.
>
> Ulpianus fr. 11 § 1 h. t. Si alius tenuit alius interemit, is qui tenuit, quasi causam mortis praebuit, in factum actione tenetur.
>
> Ulpianus fr. 49 pr. h. t. Si quis fumo facto apes alienas fugaverit vel etiam necaverit, magis causam mortis praestitisse videtur quam occidisse: et ideo in factum actione tenebitur.

Man gelangte zu dieser Distinction durch eine ganz wörtliche Interpretation des occidere in dem Gesetze. Dies Wort

wurde seiner Ableitung von caedere gemäß zunächst vom Todtschlagen im strengsten Sinne verstanden: mit der Hand, einem Knüttel oder sonst einer Waffe: fr. 7 § 1 vgl. § 8. fr. 51 h. t.[2]). Dieser ursprüngliche Umfang wird aber bald erweitert und die Klage auch zugelassen auf der einen Seite, wenn zwar ein körperlicher Stoß oder Schlag vorlag, dieser aber erst mittelbar zum Tode führte: also wenn man ein Kind mit dem Kopfe gegen einen Stein stößt, fr. 7 § 7 h. t., wenn ein Sklave von der Brücke geworfen wird und ertrinkt, Gai. 3, 219. § 16 h. t.; auf der anderen Seite, wenn mittelbar ein Stoß oder Schlag den Sklaven oder das Thier trifft und dadurch der Tod herbeigeführt wird: so wenn ein Sklave durch einen vom Wagen gleitenden Stein, eine abgeworfene Last, einen von oben herab geschleuderten Balken getroffen und zerschmettert wird: fr. 7 § 2. fr. 11 § 4. In allen diesen Fällen ist es gleichgiltig, ob der Tod sofort nach dem Schlage eintritt oder ob eine Zeit bis zum Eintritte vergeht, wenn nur der Schlag die Ursache des Todes war. Der von der Brücke gestoßene Sklave mag also immerhin noch eine Zeit lang sich über Wasser halten, so daß Rettung möglich wäre, der verwundete Sklave mag immerhin eine Zeit lang leben, so daß er durch schnellen Verband erhalten werden könnte; sind beide gestorben, so gelten sie trotzdem als getödtet: fr. 7 § 7. fr. 51 h. t. Es genügte hienach, wenn irgendwie durch die Culpa Jemandes ein Sklave oder Hausthier e r s c h l a g e n war. Indessen sind die römischen Juristen sehr bald auch für die actio directa über diesen engen Begriff des occidere mit dem Anklange an caedere hinausgegangen. Schon Labeo gab die actio directa im Falle der Vergiftung, und die Ausdrucksweise ist so, daß man annehmen muß, diese Bedeutung des

[2]) Quint. decl. 350: Caedes videtur significare sanguinem et ferrum.

Wortes sei schon längst eingebürgert: fr. 9 pr. § 1 h. t., wie denn auch schon die lex Cornelia de sicariis vom Morde durch Gift und durch Waffen gleichmäßig das Wort occidere gebraucht zu haben scheint: fr. 1 pr. ad l. Corn. 48, 8. Es wäre hier nun ganz verkehrt, als entscheidend für die Möglichkeit der actio directa in diesem Falle das damnum corpore corpori datum hinzustellen. Vielmehr wird dem Wortlaute des Gesetzes vollkommen durch eine unmittelbare Beibringung des Giftes genügt. Denn auch dann ist der Tod durch Einwirkung auf den Getödteten herbeigeführt. Indes diese anscheinend freiere Interpretation — die aber im Grunde ungeeigneter war, dem damnum i. d. zugleich ein festes Princip und einen weiten Spielraum zu gewähren — ist von den Sabinianern wenigstens nur mit Widerstreben angewandt. Labeo verlangt, um auch den Giftmord schlagähnlicher zu machen, ausdrücklich eine körperliche Thätigkeit des Schuldigen.

Im Gegensatze zu diesem occidere steht das causam mortis praestare, welches die actio in factum nach sich zieht[3]). Einem Kranken wird Gift statt Arznei hingestellt, er nimmt es ein und stirbt, fr. 7 § 6. fr. 9 pr. h. t.; einem Tobsüchtigen wird eine Waffe in die Hand gegeben, mit der er sich selbst umbringt, fr. 7 § 6 h. t.; ein Pferd wird gereizt, es stürzt sich mit seinem Reiter in den Fluß und ertränkt ihn, fr. 9 § 3; das abgepfändete Thier wird eingesperrt und verhungert, fr. 29 § 7; Vieh wird in die Enge getrieben und stürzt in einen Abgrund, Gai. 3, 202. fr. 53 § 4. fr. 51 de furt. 47, 2; ein Sklave wird überredet auf einen Baum zu steigen und fällt sich zu Tode, fr. 4 de serv. corr. 11, 3; ein Sklave wird im Winter der Kleider beraubt und erfriert, fr. 14 § 1 de praescr. 19, 5. Ueberall ist hier der Sklave

[3]) Diese Unterscheidung ist bloß für die lex Aq. wichtig, für die lex Cornelia erklärt Ulpian fr. 15, 48. 8 sie ausdrücklich für unerheblich. A. M. scheint Böhlau, Goltdammers Archiv 13, 472.

oder das Thier in die Lage versetzt, daß es stirbt. Aber nur diese Lage ist unmittelbar von dem Schuldigen herbeigeführt, die weitere Entwickelung dagegen sich selbst überlassen. Es wäre unrichtig, den Tod als nothwendige, unausbleibliche Consequenz dieser Lage anzusehen: vielmehr besteht der Unterschied zwischen mittelbarer Tödtung und praestatio causae oft gerade darin, einmal, daß dabei von caedere keine Rede, und andererseits, daß immer noch eine mehr oder weniger große Möglichkeit vorhanden ist, dem Tode zu entgehen. Doch wäre es auch wieder unrichtig, darauf das entscheidende Gewicht zu legen. Ein von den bisherigen verschiedener Fall der actio in factum ist der, wo Einer auf den Anderen gestoßen wird und dieser dabei einen Sklaven zerquetscht, fr. 7 § 2 h. t. Die Hauptsache ist hier offenbar, daß das Medium, wodurch der Stoß geführt wird, nicht wie ein vom Wagen rollender Stein ein willenloses Ding ist, sondern ein der Culpa auch seinerseits fähiger Mensch. Daher hat dieser letztere eigentlich das damnum angerichtet, nicht der ihn anstieß. Dieser hat nur die Tödtung durch ihn veranlaßt, wie er sie durch den Getödteten selbst veranlaßt, wenn er dem Wahnsinnigen ein Messer in die Hand gibt. Ganz ähnlich liegt die Sache in fr. 17 § 2 de iniur. 47, 10, nur daß hier intellectuelle Einwirkung auf den, der das damnum veranlaßt, dort physische stattfindet: der Magistrat hat auf Betrieb eines Dritten einen Sklaven peitschen lassen und dieser ist in Folge dessen gestorben. Hier soll nicht, wie Mela meinte, die actio iniuriarum, sondern nach Labeo und Trebatius eine actio de damno gegeben werden: quia de damno quod per iniuriam factum est agatur[4]). Damit stimmt auch fr. 11 § 1: wenn ein Mensch einen Sklaven tödtet, den ein Anderer hält, so geht

[4]) Suarez 1, 2. 5 § 57 p. 27 läßt die Klage gegen den Magistrat gehen: der ist ja aber gar nicht in culpa, sondern lediglich der Denunciant.

gegen den letzteren die in factum actio. Die Willensfähigkeit hindert es, ihn als reines Werkzeug des Mörders anzusehen. Nur in den Fällen, wo der so als Medium benützte thatsächlich keinen Willen hatte, als furiosus oder impubes doli incapax war, oder wo er einem Befehle gehorchen muste und so seinen an sich vorhandenen Willen nicht zur Hebung bringen durfte: da wird er als reines Werkzeug betrachtet und is damnum dat qui iubet dare, fr. 169 de R. J. 50, 17; daher haftet auch der Urheber mit der directa: fr. 37 h. t.

2. Ganz analog diesem Entwickelungsgange ist die interpretative Ausdehnung im 3. Capitel vor sich gegangen. Auch hier haben wir zunächst mit ganz concreten Begriffen, mit urere frangere rumpere zu thun. Gleich von vornherein wurde indes das Gebiet dadurch wesentlich erweitert, daß man unter rumpere (was freilich sonst von frangere kaum unterscheidbar gewesen wäre) im Allgemeinen corrumpere verstand. Damit hatte man aber keineswegs auf jede wörtliche Interpretation verzichtet[5]). Dieses „Verderben" ist eben so concret wie brennen und brechen. Wir haben in diesem Capitel eine doppelte Entwickelung zu unterscheiden: auf der einen Seite vom urere frangere u. s. w. zum causam damni praestare, auf der anderen von der körperlichen Beschädigung zum völligen Vernichten oder Abhandenbringen einer Sache. Von letzterem später.

Zunächst haben wir auch hier ganz directe corpore corpori zugefügte Beschädigungen: ein Schiff wird angebohrt, fr. 27 § 24, die Hausthür eingeschlagen, fr. 27 § 31, ein Becher zerbrochen, fr. 27 § 29, eine Sklavin stupriert, fr. 25 pr. de iniur. 47, 10 u. s. w. Diesen Fällen werden andere ganz gleichgestellt, wo mittelbar eine ruptio oder fractio veranlast ist: ein Esel stürzt (rumpitur) unter zu schwerer Last, fr. 27 § 23, ein Schiff rennt mit dem anderen zusam-

---

[5]) wie Windscheid, Pand. 2. 2, 297 n. 3 anzunehmen scheint.

men und zerschmettert es, fr. 29 § 2, oder es fährt in Fischernetze und zerreißt sie, fr. 29 § 3: denn, sagt Proculus, es ist gleichgiltig, ob die Beschädigung durch Anfahren oder mit der Hand herbeigeführt ist. Eine Stute wird gejagt und abortiert (rumpitur fr. 39 pr.). Bei der Corruption fallen diese beiden Kategorien mehr zusammen: das ausgedroschene Getreide wird mit Sand vermischt oder in den Fluß geschüttet, fr. 27 § 19 sq., ein Testament wird unlesbar gemacht, fr. 42, Wein wird ausgegossen oder sauer gemacht: denn vinum effusum et acetum factum corrupti appellatione continetur, fr. 27 § 15. Anders dagegen, wenn der Schuldige nur eine causa herbeiführte, durch welche eine Ruption oder Corruption hervorgerufen wurde: ein Faß wird zerschlagen, daß der Wein ausläuft; hier kömmt es nicht auf das Zerbrechen des Fasses, sondern auf die Corruption des Weines an, fr. 27 § 35; durch Röhren wird das Wasser gerade auf ein Haus geleitet und dieses beschädigt, fr. 18 de S. P. U. 8, 3; auf fremden Acker wird Unkraut gesäet, was eine Verderbnis des zu erntenden Getreides zur Folge hat, fr. 27 § 20. Hieher gehört auch das Zerschneiden des Ankertaues, in Folge dessen das Schiff scheitert, fr. 29 § 5 h. t. Mittelbar wird verbrannt, wenn eine Villa angezündet wird und das Nachbarhaus und die Sachen der Miether verbrennen mit, fr. 27 § 8; causa incendii wird prästiert, wenn Stoppeln auf dem eigenen Acker in Brand gesetzt werden und das Feuer verbreitet sich auf das Nachbargrundstück, fr. 30 § 3, oder wenn ein Ofen an der Nachbarwand diese beschädigt, fr. 27 § 10 h. t. Einige Fälle bleiben hiebei zweifelhaft. So läßt Celsus fr. 27 § 12 die directe Klage zu, wenn fremde zugeflogene Bienen verbrannt werden, exuruntur; Ulpian meint dagegen, er habe mehr causam mortis prästiert, wenn er fumo facto apes fugavit vel etiam necavit, fr. 49 h. t. Construiert man den Fall so, daß das Feuer unter dem Stocke angesteckt ist, in

dem sich die Bienen befinden, so liegt eine indirecte Tödtung vor; construiert man ihn so, daß ein Feuer angezündet ist und die Bienen hinein geflogen sind, so wird man darin eine causae mortis praestatio finden müssen[6]). Indes ist es möglich, daß hier eine Meinungsverschiedenheit unter den römischen Juristen, vielleicht ein alter Schulstreit, erkennbar wird. Die Sabinianer waren allerdings darüber mit den Proculianern einverstanden, daß die causae praestatio allemal nur zur actio in factum führen könne: aber vielleicht war die Grenze streitig. Die Proculianer scheinen leichter eine indirecte Beschädigung angenommen und also die directa zugelassen, die Sabinianer dagegen die Aq. mehr eingeschränkt zu haben. Dies würde den bekannten Principien der beiden Schulen vollkommen entsprechen. Ein fester grundsätzlicher Unterschied ist allerdings schwer aufzustellen, so daß also diese interpretative Ausdehnung ganz geeignet war, divergierende Meinungen hervorzurufen. Daß diese auch sonst, namentlich zwischen den Anhängern der beiden Schulen, vorhanden waren, zeigen außer der vielbesprochenen Antinomie zwischen Julian und Celsus, fr. 11 § 3 und fr. 51, auch noch andere Stellen[7]). Nach fr. 11 § 5 h. t. läßt Proculus die Aq. directa zu, wenn ein Hund gereizt wird, so daß er beißt, Julian jedoch nur dann, wenn der Gebissene zugleich festgehalten wird. Die letztere Ansicht wird von Ulpian stillschweigend gebilligt. Eine ganz ähnliche Differenz ist zwischen fr. 27 § 34 h. t. und fr. 1 § 7 si quadr. 9, 1. Der Proculianer Mela gibt die directe actio gegen den, welcher ein Maulthier er-

---

[6]) Bas. 60, 3. 27, 49 (5, 292. 317). Auf die von Lueder S. 72 angeregte Frage, ob nicht auch der Fall unter die Vermögensbeschädigung zu ziehen sei, wenn der Eigenthümer dolos veranlaßt wird, seine eigene Sache zu zerstören, ertheilt das röm. Recht keine Auskunft. M. E. ist höchstens eine a. doli zulässig.

[7]) fr. 21 § 1. fr. 51 § 1 h. t. fr. 27 pr. h. t.

schreckt, so daß es sich losreißt und dabei seinen Führer verletzt; Ulpian dagegen läßt denjenigen ausdrücklich in factum magis quam lege Aq. haften, der ein Pferd durch Verwundung oder Schlag reizt, so daß es einen Nebenstehenden schlägt. Die letztere Stelle muß für das Justinianische Recht entscheiden. Schon die Basilikenscholiasten ertheilen im ersteren Falle die utilis actio, die sie vollständig mit der in factum identificieren: woher hier die directe Klage? fragt Hagiotheodorita, an sich freilich eine schwache Autorität[8]). Nimmt man die Redensart causam damni praestare ganz wörtlich: die Ursache des Schadens gewähren, so bedeutet dies offenbar, daß die Thätigkeit des Schuldigen nicht auf Herbeiführung des Schadens selbst gerichtet gewesen ist, sondern auf eine Ursache, eine Lage, aus welcher die Beschädigung entsteht. Dies kann in doppelter Weise geschehen: entweder indem man sich einer Mittelsperson bedient[9]), so daß also auch diese ihren Willen behält, oder durch Vornahme einer an sich berechtigten oder unschädlichen Handlung, die nur in Folge besonderer Umstände ein damnum bewirkt. Diesen letzteren Gesichtspunkt betont Celsus Coll. 12, 7 § 5: ait enim si stipulam incendentis ignis effugit, Aquilia lege eum non teneri, sed in factum agendum, quia non principaliter hic exussit, sed dum aliud egit (agit?) sic ignis processit. Die Differenz scheint sich denn auch wesentlich auf den ersten Gesichtspunkt bezogen zu haben, wie auch die nur schwierig zu vereinigenden entsprechenden Entscheidungen des ersten Capitels darthun. Die Sabinianer hielten, so scheint es, die actio in f. auch

[8]) Schol. 114 extr. Bas. 60, 3. 27. vgl. Schol. 18. Bas. 60, 2. 1: ἰμφάκτουμ τουτέστιν οὐτιλίῳ Ἀκουιλίῳ (5, 300. 258).

[9]) Aehnlich heißt es c. 6 ad l. Jul. de vi 9, 12: causam malorum praestare von dem, der die vis veranlaßte, in Folge deren Jemand getödtet ist, und fr. 13 § 2 de dam. inf. 39, 2 wird von einem Hause, das auf ein anderes stürzt und so ein drittes beschädigt, gesagt damni causam praebuit.

dann für nothwendig, wenn die Schadenszufügung durch Thiere vermittelt war, die Proculianer beschränkten dies auf Menschen, betrachteten also Thiere rein als Werkzeuge. Der erstere Standpunkt ist in den Digesten gebilligt, und m. E. auch der correctere. Denn schließlich kömmt die ganze Unterscheidung hier wie beim ersten Capitel darauf hinaus, daß bei der causae praestatio der Möglichkeit, die Beschädigung zu vermeiden, immer noch ein größerer Spielraum blieb, daß die Entscheidung noch von anderen, dem Willen des Schuldigen gegenüber selbständigen Umständen abhängig war. Und dies liegt auch bei einer Vermittelung durch Thiere vor, wenn diese nicht, wie Julian fr. 11 § 8 voraussetzt, wirklich nur Werkzeuge sind [10]).

In allen diesen, auch den von der ursprünglichsten Formel abweichendsten Fällen bleibt der Wortlaut des Aq. Gesetzes in sofern gewahrt, als stets eine mors, ein incendium, eine ruptio oder corruptio stattfindet, welche irgendwie durch die culpa des Schuldigen veranlaßt worden sind. Auch dieses Erfordernis indes hat man für einzelne Fälle nachgelassen. Die actio in f. wird auch zugegeben, wenn fremder Wein consumiert ist, fr. 30 § 2. vgl. fr. 14 § 3 de praescr. 19, 5, wenn ein Becher in den Abgrund geworfen, fr. 14 § 2 de

---

[10]) Schwierigkeiten macht in diesem Systeme fr. 41 pr. extr. h. t. Warum soll ein Depositar, der ein hinterlegtes Testament verderbt, interlinit, nur mit der in f., nicht mit der directa haften? Allein der Text ist sicher. Die Bas. 60, 3. 41 (5, 312) übersetzen: ἡ ἀγωγὴ ἡ τὸ διπλοῦν ἀπαιτοῦσα, und Dorotheos (Sch. 6) spricht geradezu von der ἰμφάκτουμ. Doch ist den Scholiasten schon die Eigenthümlichkeit aufgefallen. Schol. 11 sagt: Hier befinden sich die Basiliken mit dem Texte im Widerspruche: denn dieser spricht von actiones in f., jener offenbar von der actio furti. Und allerdings wird diese Meinung dadurch unterstützt, daß die Bas. th. 42 fortfahren: Manchmal haftet der Beschädiger nicht mit a. furti. In diesem Sinne hat Noodt c. 16 p. 141 unabhängig von den Basiliken statt in f. lesen wollen furti. Mindestens scheint festzustehen, daß wir es hier mit einer reinen Singularität zu thun haben.

praescr. 19, 5, oder einem Anderen das Geld aus der Hand geschlagen wird, daß es ins Wasser fällt, fr. 27 § 11 h. t. fr. 12 § 13 de furt. 47, 2; ferner wenn Jemand einen Ring, den er zum Betrachten in der Hand hält, ins Wasser fallen läßt, fr. 23 de praescr. 47, 2. Endlich wenn ein fremdes Thier losgebunden wird und entflieht, fr. 55 de A. R. D. 41, 1 § 16 h. t., oder das Vieh erschreckt wird, so daß es Dieben in die Hände läuft, fr. 50 § 4 de furt. 47, 2. In allen diesen Fällen ist der Gesichtspunkt des damnum offenbar in einseitiger Weise hervorgekehrt und darum über die substantielle Verletzung der Sache hinweggesehen, welche überall sonst — wenigstens für das dritte Capitel[11]) — die Grundlage bildete. Dennoch ist auch hier der ursprüngliche Standpunkt immer noch einigermaßen festgehalten. Denn allenthalben ist die unbefugte Einwirkung des Schuldigen auf eine fremde körperliche Sache die Veranlassung eines Vermögensschadens. Und damit ist die äußerste Grenze der Haftung ex lege Aq. nach reinem römischem Rechte erreicht.

XIII.

In diesem meines Erachtens durchaus folgerichtig ausgebildeten Systeme scheint gar kein Platz für die actiones utiles ex lege Aq., welche namentlich bei Gaius und in den Institutionen vorkommen. Auf diese ist nunmehr ein Blick zu werfen. — Daß man die actiones ut. nicht ohne Weiteres mit den fictitiae identificiern darf, daß die letzteren vielmehr nur eine Unterart der ersteren sind, ist unzweifelhaft[1]). Denn

[11]) Das erste Capitel setzt die Substanzverletzung nicht so unbedingt als wesentlich voraus: der Sklave, der durch einen Schlag ins Wasser geschleudert wird und nicht wieder zum Vorschein kömmt, steht nicht auf gleicher Stufe mit dem in derselben Weise verloren gegangenen Ringe.

[1]) Nicht ganz derselben Meinung scheint Savigny, 5, 71, ebenso Bethmann-Hollweg, Civilpr. 2, 308 ff. vgl. im Allgemeinen über die noch keineswegs klare Lehre von der utilis a. noch besonders Demelius, die

auch solche ursprünglich civile Formeln, welche durch Weglassung, Hinzufügung oder Abänderung einzelner Worte für den gerade vorliegenden Fall zurecht gemacht, ja sogar ganz neu concipierte Klagen, welche lediglich in Folge der Analogie auf ein ihnen ursprünglich durchaus fremdes Rechtsverhältnis übertragen wurden, werden als utiles actiones bezeichnet[2]). Für alle diese manigfaltigen Formen der actio ut. haben wir Beispiele bei der lex Aq. Wenn man diese verschiedenartigen Gebilde überblickt, so ist gar nicht abzusehen, wo der praktische Unterschied derselben von den actiones in f. liegen soll. Alle diese Klagen sind unzweifelhaft actiones honorariae, auch die Fiction ist nicht im Stande, ihnen den civilen Charakter zu bewahren. Der Prätor nimmt hier allerdings nicht in derselben Weise, aber factisch doch eben so wie bei den actiones in f. den Rechtspunkt auf sein Imperium. Wenn er bei diesen die Condemnation an das Vorhandensein eines gewissen Thatbestandes knüpfte und den juristischen Gedanken, welcher ihn dabei leitete, für sich behielt, spricht er hier den neuen noch nirgends anerkannten Rechtssatz aus. Daran hat der Judex ebenfalls nicht zu rütteln: ein neuer Satz kömmt also hier wie dort kraft des prätorischen Imperiums zur Anwendung, hier explicite, dort implicite. Endlich müssen auch die actiones ut. nicht nothwendig zu derselben Condemnation führen wie die civilen Musterformeln. Einige Klagen werden sogar gerade wegen einer solchen Aenderung der Condemnation als utiles bezeichnet, wie die actio quod certo loco, fr. 1, 13. 2. Doch sind hiervon die wahren actiones fictitiae auszunehmen. Es würde gegen den ganzen Begriff derselben

---

Fiktion 62 f. Windscheid, actio 129 ff. Muther, zur Lehre v. d. actio u. s. w. S. 141 ff.

[2]) fr. 5 § 27 ut in poss. 36, 4. fr. 46 de her. inst. 29, 1. fr. 26 § 3 de P. D. 23, 4. fr. 34 de re iud. 42, 1. Keller, Civ. Pr. 386. Rudorff RG. 2, 173.

verstoßen, wenn die zum Civilanspruche fehlende oder ihm entgegenstehende Thatsache hinzu oder hinweg gedacht und dann doch die durch diesen Anspruch bedingte Verurtheilung nicht in gewöhnlicher Weise erfolgen sollte. Daher ist es geboten, die wahren actiones fictitiae unter den utiles ex lege Aq. kennen zu lernen. Wir wissen aus Gai. 4, 37, daß die Fiction bei der Aq. Klage angewendet wurde, um für oder wider einen Peregrinen die Klage zu ermöglichen; hier ist also nach Seite der Activ- und Passivlegitimation die Klage wirklich vermittelst der Fiction ausgedehnt. Es liegt nahe, das Gleiche für alle Ausdehnungen der Actio nach dieser Richtung zu vermuthen. Und in der That kann man es nicht anders erklären, wenn eine actio utilis gegen den Tutor oder Curator des abwesenden Schuldigen gegeben wird, fr. 25 § 1 h. t., oder wenn dem Sohne in Abwesenheit des Vaters die Klage zusteht, ne impunita sint maleficia, fr. 18 § 1 de iud. 5, 1. Man könnte meinen, analog diesen Erweiterungen rein processualischer Natur seien auch die materiellen Fortbildungen erfolgt. Dem ist indes nicht so. Den bona fidei possessor durch Fiction der vollendeten Ersitzung oder dgl. mit dem Eigenthümer gleichzustellen scheint besonders indiciert. Allein es wird aufs bestimmteste bezeugt, daß der b. f. possessor Unberechtigten gegenüber eine actio in f. hat, die Formel also nicht durch Fiction weiter gebildet ist.

> Ulp. fr. 11 § 8 h. t. Sed si servus bona fide alicui serviat, an ei competit Aquiliae actio? et magis in factum actio erit danda.

Vielleicht deutet das magis einen Zweifel an, der früher sich geltend machte. Jetzt aber findet sich keine Spur mehr davon: fr. 17 h. t. Hienach ist nicht wol anzunehmen, daß die Fiction bei Uebertragung auf andere Dinglichberechtigte angewandt worden ist, obgleich ihnen utiles actiones beigelegt

werden [3]). Der Pfandgläubiger hat ohnehin nur eine actio quasi legis Aq. oder ad exemplum legis Aq. [4]) und dieser Ausdruck eignet sich gleich sehr zur Bezeichnung der utilis wie der in factum actio, kömmt auch für beide vor [5]). Sohin ist es nicht nothwendig, daß diese Klagen dieselbe Verurtheilung wie die directa haben. Von der utilis, die ein freier Mann wegen Verletzung seines eigenen Körpers hat, fr. 13 pr., und die natürlich nur auf Arztgebüren und Versäumnisersatz gehen kann, versteht sich dies von selber. Wir haben also diese Ausdehnung der Aquilia nach Seite der Subjecte nicht als actiones fictitiae anzusehen.

Außerdem werden actiones utiles ex lege Aq. noch in folgenden Fällen erwähnt. 1. Thiere werden gejagt und stürzen in einen Abgrund, Gai. 3, 219. fr. 51 Gai de furt. 47, 2; 2. ein Sklave wird überredet, auf einen Baum zu steigen und fällt sich todt, Gai. l. c. fr. 4 Pauli de serv. corr. 11, 3; 3. Thiere werden eingesperrt und verhungern, Gai. c. fr. 2 § 20 Ulpiani vi bon. rapt. 47, 8. c. 5 h. t.; 4. ein Lastthier wird so angetrieben, daß es zusammenbricht, Gai. c.; 5. ein Sklave schläft am Ofen ein und veranlaßt eine Feuersbrunst, fr. 27 § 3 Ulp. h. t. Coll. 12, 7 § 7 (ad exemplum legis Aq.); 6. fremdes Getreide wird consumiert, fr. 30 § 2 Pauli h. t. — Es möchte schwer sein, diese Fälle unter einen einheitlichen Gesichtspunkt zu bringen und einen Gegensatz derselben zu den Anwendungsfällen der di-

[3]) fr. 11 § 10 h. t. fr. 13 qd. vi 43, 24. fr. 27 § 32 h. t.

[4]) fr. 17 ht. fr. 27 de pign. 20, 1.

[5]) Coll. 12, 7 § 5 gibt Ulpian eine a. in f. gegen den, der seines Nachbarn Haus in Brand steckt, während er „zu anderem Zwecke" auf seinem Acker Feuer anzündet; ein Rescript des Kaisers Severus, auf das er sich dabei stützt, verordnet für diesen Fall eine a. ad exemplum. Die a. ut. Ulpians gegen den fornacarius in fr. 27 § 9 erscheint Coll. 12, 7 § 7 als ad exemplum; die Publiciana heißt fr. 35 de O. et A. 44, 7 quae ad exemplum vindicationis datur.

recta actio einerseits, der in factum andererseits herauszuconstruieren. Vielmehr umfassen sie alle Stufen der Entwicklung von der an, wo man zweifelhaft sein kann, ob nicht die directa zulässig ist, iumenti agitatio, incendii comparatio, bis zu der Consumption von Früchten, einer Ausdehnung, die durchaus nur im Geiste des Aq. Gesetzes liegt, aus dessen Wortlaute aber sich in keiner Weise rechtfertigen läßt. Hiezu kömmt noch die Ausdrucksweise des Gaius und der Institutionen: utiles actiones dantur. Es ist nicht wol möglich, diesen Plural auf die „beiden Arten" der actiones utiles, utiles i. w. S. und fictitiae zu beziehen[6]). Denn einestheils wäre es eigenthümlich, mit Rücksicht auf eine Unterart die Mehrzahl zu gebrauchen, anderestheils werden ja die fictitiae nicht alio modo damno dato, sondern alii ac domino damno dato gegeben. Der Plural muß mithin auf die einzelnen Fälle bezogen werden: singulis casibus singulae, wie Schrader sagt. Und damit sind diese Klagen auch äußerlich den in factum actiones gleichgestellt: ihre Formel ist keine im Edicte ein für alle mal proponierte, sondern wird für den gerade vorliegenden Rechtsstreit vom Prätor jedesmal entworfen.

Allein es lassen sich doch sämtliche Fälle der actio utilis mit Ausnahme des ganz abspringenden der Consumption fremder Früchte eng an die Aq. Formel anlehnen: die, welche eine subjective Erweiterung enthalten durch Einsetzung des anderen dinglichen Rechtes an Stelle des Eigenthumes, die übrigen etwa nach Analogie der Diebstahlsklage (cuius ope consilio factum est) mit den Worten: cuius culpa factum est, ut ureretur frangeretur rumperetur, so daß damit die Stichwörter des Gesetzes zur Hebung kommen würden. Man wollte dann wol mit dem vielleicht in der Sabinianischen Schule aufgekommenen[7]) Ausdrucke utiles actiones bezeichnen, daß

[6]) Suarez 3, 7. 2. p. 169.

[7]) Gaius ist der erste Jurist, der den Namen gebraucht; der Proculia-

man es hier nicht mit willkürlich gebildeten Formeln zu thun habe, sondern daß denselben das Aq. Gesetz zu Grunde liege, während bei den actiones in f. auf den processualischen Gegensatz gegen die civilen Klagen und die Gewalt des Prätors der Nachdruck gelegt wurde. Daß man für dieselben Fälle bald eine formula utilis bald eine in factum ertheilen konnte, liegt in der Natur der Sache; daß die erstere aber für gewisse Fälle unanwendbar war, leuchtet ein. Und damit erhält auch das Justinianische Schema wieder eine gewisse Berechtigung, weil es gerade solche Fälle von der utilis actio ausschließt, bei welchen eine Anlehnung an die directa nicht stattfinden konnte [8]).

Diese ganze Untersuchung würde mehr als historisches Interesse haben, wenn etwa die processualische Behandlung der utilis actio sich der directa anschlösse, die in factum dagegen eigenen Regeln folgte. Hier ist nun vor Allem sicher, daß in einigen Fällen sowol der utilis, als der in factum die Condemnation ganz unmöglich auf die im Gesetze vorgeschriebene Aestimation gestellt werden konnte. Dadurch wird indessen in der Natur der Klage nichts geändert. Sogar in mehreren Fällen der directen Klage, so wenn die Miteigenthümer gegen einander, der Eigenthümer gegen den Pfandgläubiger oder Nießbraucher klagt, muß eine Modification eintreten. Umgekehrt aber wird in den Fällen der utilis und in factum actio,

---

ner Neratius gibt in zwei Fällen die in factum, wo Gaius und Ulpian die utilis ertheilen.

[8]) Daß die Basilikenscholiasten für processualische Unterscheidungen der classischen Zeit keine Autoritäten sind, ist selbstverständlich. Dennoch setze ich ihren bestimmtesten Ausspruch über das Verhältnis von utilis und in factum actio hieher. Er bestätigt die im Texte entwickelte Ansicht. Sch. 3. Bas. 60, 3. 63 (5, 325): *ὁ μὲν γὰρ οὐτίλιος Ἀκουίλιός ἐστι καὶ ἰν φάκτουμ, ἡ δὲ ἰν φάκτουμ οὐκ ἤδη ἐστὶν οὐτίλιος. γενικωτέρα γάρ ἐστιν αὕτη ἁρμόζουσα καὶ ἐπὶ ἄλλων θεμάτων.* Jedesfalls ergibt sich daraus, daß man an dem Institutionenschema nicht festhielt, was in Sch. 6 Bas. 60, 3. 9 (5, 271) allerdings figuriert.

wo es möglich war, auch die Rückrechnung bei der Schadensschätzung angewandt. Das beweist fr. 12 h. t. Zweifelhafter erscheint dagegen die Ausdehnung der Litiscrescenz auf die utilis und in f. actio. Diese hieng doch zu nothwendig mit dem damnas esto des Gesetzes zusammen, um ohne Weiteres auch bei nur äußerlich nachgebildeten Klagen Anwendung zu finden. Doch ist dieselbe thatsächlich für utiles und in f. actiones beibehalten. Das geht aus c. 5 h. t. hervor. Hier wird einerseits derselbe Fall, das Verhungernlassen eingesperrter Thiere, welcher in den Digesten bald als zur utilis, bald als zur in factum führend bezeichnet wird, geradezu als ein Fall der lex Aq. bezeichnet; andererseits die Condemnation aufs Doppelte in vollem Umfange anerkannt. Wenn aller Accent auf die confessio in iure, die auch in späterer Zeit ihre alte Wirkung behielt, gelegt, und man gegen die Formelabschattungen gleichgiltiger wurde, ist das nicht schwer erklärlich. Und daß die Litiscrescenz für alle Fälle das damnum iniuria datum in voller Wirksamkeit bis in die jüngste Zeit war und blieb, geht aus den Basiliken hervor. Sie nennen actio in factum vorzugsweise ἡ τὸ διπλοῦν ἀπαιτοῦσα [9]), und ein Scholion zu fr. 9 (5, 271) sagt: ἴσϑι δὲ, ὅτι ἡ περὶ τῆς γενομένης ζημίας (nach dem Vorigen die in factum) ἀπὸ διαϑέτου καὶ ὁ ἀπὸ σώματος εἰς σῶμα Ἀκουίλιος ἐξ ἀρνήσεως ἀμφότερα τὸ διπλοῦν ἀπαιτοῦσιν. Diese Worte sind wol nicht so zu verstehen, wie es auf den ersten Anblick scheinen möchte, daß die in f. actio laut Verordnung immer, die directa nur im Falle des Leugnens auf das Doppelte gehen soll; sondern der Scholiast will sagen: bei der dir. actio liegt der Grund zur Litiscrescenz in der formalen Infitiation; die in factum hat nicht denselben formalen Charakter; hier liegt der Grund für die Condemnation aufs Doppelte in einer

[9]) Sch. 26. Bas. 60, 3. 11. p. 274.

besonderen Verordnung. Was er sich darunter vorgestellt, steht freilich dahin.

XIV.

In allen den eben besprochenen Fällen der directa, utilis und in factum actio ex lege Aq. mit wenigen motivierten Ausnahmen handelt es sich um eine durch den Schuldigen veranlaste substantielle Verletzung fremder Sachen. Es fragt sich nun, wie das damnum hervorgebracht wird, welche Thätigkeit des Schuldigen die Sachbeschädigung vermitteln muß. Die bisher — man darf wol sagen ausschließlich[1]) — herschende Meinung geht dahin, daß die lex Aq. zu ihrem Thatbestande stets eine Handlung des Schuldigen voraussetze, daß eine Unterlassung nicht unter das Gesetz falle[2]). Eine solche könne nicht rechtswidrig sein; denn Keiner sei dem Anderen ohne besonderen Grund zum Thun verpflichtet. Ueber die Unhaltbarkeit des letzten Axiomes ist schon oben gesprochen (VI, 67 f.). In dieser Allgemeinheit widerspricht nun freilich die Regel verschiedenen Entscheidungen der römischen Juristen offensichtlich. Man hat sie deshalb eingeschränkt: Unterlassungen, die sich an eine vorangegangene auch nicht culpose Handlung anschließen, sollen als widerrechtlich angesehen werden[3]). Denn es seien doch immer die Handlungen, welche den Grund des Schadens enthielten. So wird denn vor Allem fr. 27 § 9 h. t. erklärt, das man von jeher als Hauptargument gegen diese Theorie angesehen hat.

> Si fornicarius servus coloni ad fornacem obdormisset et villa fuerit exusta, Neratius scribit ex locato conventum praestare debere . . . .

[1]) Eine abweichende Ansicht vertreten: Zirkler, R. L. 3, 97 f. Busch, Archiv f. civ. Praxis, 45, 139 ff.

[2]) namentlich Hasse, Culpa 13 ff.

[3]) Löhr, Theorie der Culpa 89 n. 1. Hasse 21 f.

ceterum si alius ignem subiecerit fornaci, alius neglegenter custodierit, an tenebitur qui subiecerit? nam qui custodit nihil fecit, qui recte ignem subiecit non peccavit: quid ergo est? puto utilem competere actionem tam in eum qui ad fornacem obdormivit, quam in eum qui neglegenter custodit . . .

Es ist klar, daß der Sklave hier sich einer Unterlassung der Wachsamkeit schuldig gemacht hat und daß deshalb die Klage gegen ihn angestellt werden kann. Hasse meint indes, hier die obige Regel von der vorgängigen Handlung anzuwenden sei „Unsinn." Das Hinstellen an den Ofen sei selbst schon ein Thun, das mit der folgenden neglegentia als eine Handlung anzusehen sei. Ganz ähnlich wird fr. 8 beseitigt:

Idem iuris est, si medicamento perperam usus fuerit (medicus): sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpae reus intellegitur.

Der Arzt läßt den Kranken, nachdem er ihn operiert, hilflos liegen — offenbar eine Unterlassung. Aber es wäre „lächerlich", hier eine weitere vorgängige Handlung zu verlangen: das Befassen mit dem kranken Sklaven genügt. Zur Rechtfertigung dieser in der That bodenlosen Interpretationen heißt es dann, es komme doch schließlich auf Gerechtigkeit an und man dürfe daher nicht zu subtil sein. Nicht einmal der Widerlegung werth geachtet hat man fr. 44 § 1. fr. 45 h. t., das schon Hellfeld zur Entscheidung dieser Frage herangezogen hat[4]):

---

[4]) Glück 10, 320 verweist auf Suarez 2, 2. 2 § 18 ff. p. 92, wo aber diese Stelle nicht besprochen wird; was Suarez 1, 3 § 10 p. 38 darüber sagt, ist sehr dürftig und entspricht Glücks und Suarez eigener sonstiger Meinung nicht.

Quotiens sciente domino servus vulnerat vel occidit, Aquilia dominum teneri dubium non est. scientiam hic pro patientia accipimus: ut qui prohibere potuit teneatur, si non fecerit.

Wenn ein Sklave einen andern getödtet hat, so haftet der Herr des ersteren, falls er die Tödtung nicht hinderte. Von einer Noxalklage ist selbstverständlich hier keine Rede: denn diese tritt nur ein, wo der Herr nichts von der Handlung des Sklaven weiß, fr. 2 pr. de nox. 9, 4. Es handelt sich also um eine selbständige Haftung des Herrn ex lege Aq. Er wird aber verpflichtet, sobald er die Handlung verhindern konnte und nicht verhindert hat, fr. 4 de nox. 9, 4, also wird ihm eine reine Unterlassung zugerechnet ohne irgend welche vorhergehende Handlung oder Thätigkeit [5]). In der That ist die Möglichkeit gar nicht abzusehen, die Unterlassung als solche mit der Handlung in Eins zu verschmelzen, so daß man die culpa eigentlich in letzterer zu suchen hätte. Die culpa tritt erst mit der Unterlassung zu Tage. Es würde eine gleiche Schuld sein, wenn der fornicarius, sobald er seinen Vorgänger ablöst, sich sofort zum Schlafen niederlegt, oder wenn der Arzt statt zu amputieren oder das Geschwür aufzuschneiden, wie er den Regeln der Kunst gemäß hätte thun müssen [6]), die Heilung sich selber überläßt: er handelt, eben weil er nichts thut, ebenso imperite wie der ungeschickte Operateur in fr. 7 § 8 h. t. Die Hauptstütze der Theorie, welche die Unterlassungen von der Haftung ausschließt, ist fr. 13 § 2 de usufr. 7, 1.

---

[5]) vgl. auch fr. 52 § 2 h. t.: nam nihilo minus eum damnum dare, qui quod sustineret mitteret sua voluntate, ut id aliquem feriret.

[6]) vgl. Celsus, de med. 5, 26 § 22 p. 263 Bip.: Quod si musculus laesus videbitur praecidendus erit: nam percussus mortiferus erit, praecisus sanitatem recipit.

> De praeteritis autem damnis fructuarius etiam lege Aq. tenetur et interdicto quod vi aut clam, ut Julianus ait . . . . denique consultus, quo bonum fuit actionem polliceri Praetorem, cum competat legis Aq. actio, respondit, quia sunt casus quibus cessat Aq. actio . . . nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus conrumpi patitur, lege Aq. non tenetur.

Hasse behauptet, diese Stelle enthalte jenes Theorem geradezu, während er an einer andern Stelle (S. 122) gegen Donell und Löhr zu erweisen sucht, daß man darin keine Hindeutung auf eine culpa in non faciendo zu finden habe. Er meint, die hier angeführten Beispiele seien nur so wie sie vor der Hand lagen aufgegriffen, es gebe auch Fälle, wo durch facere ein damnum zugefügt sei und dennoch die Aq. Klage nicht gegeben werde, z. B. wenn culposer Weise eine schlechtere Obstsorte statt der ausgegangenen guten nachgepflanzt sei, falls nämlich dadurch die Substanz nicht verletzt werde. Hienach darf man also die angeführten Beispiele nur als Fälle ansehen, wo aus irgend welchem Grunde die Klage wegfällt. Und in der That ist klar, daß durch das Brachliegenlassen einer Ackerparzelle, durch Unterlassen des Nachpflanzens ausgegangener Weinstöcke eine eigentliche Substanzverletzung nicht eintritt. Bedenklicher ist allerdings der dritte Fall. Man könnte allerdings auch hier sagen: wenn eine Wasserleitung verschlämmt oder versandet, weil sie nicht gehörig gereinigt wird, so ist das noch keine substantielle Verletzung. Aber wir sind nicht ohne Weiteres berechtigt, das corrumpi bloß darauf zu beziehen; auch der Verfall der Leitung selbst ist darin mitbegriffen und dies ist allerdings eine anderweit ganz zweifellos unter die Aquilia gezogene Beschädigung: fr. 27 § 32 h. t. Nehmen wir nun an, die Wasserleitung sei noch ungebraucht

gewesen, als der Usufructuar das Grundstück übernahm; er fienge erst an sie zu benutzen, besserte aber die durch das Wasser entstandenen Schäden nicht aus. Er würde deswegen eben so wenig haften, als in jenem Falle, obwol sich seine Unterlassung einer nicht culposen Handlung anschließt, welche den eigentlichen Grund für die Verletzung abgibt. Wenn man mit Rücksicht auf die „Gerechtigkeit“ nicht zu „subtil“ sein will, trifft dasselbe auch da zu, wo nur ein alter Aquäduct weiter benutzt worden ist. Und würde man denn den Nießbraucher mit der Aquilia belangen können, der statt durch Brachliegenlassen durch übermäßige Ausbeutung die Aecker ruiniert? Sonach muß das Motiv für Ulpians Entscheidung anderswo als im Mangel einer Handlung liegen. Man wird dasselbe aus dem Wesen des Nießbrauches ableiten müssen. Der Usufructuar darf die Sache gleich einem Eigenthümer gebrauchen und zwar die ganze Sache, das Grundstück z. B. im Ganzen [7]). Damit ist der Maßstab für seine Diligenz in Bezug auf Verwaltung und Bewirthschaftung des Gutes gegeben und also seine Stellung gegenüber dem Eigenthümer. Denn ein solcher wird dasselbe eben so verwalten, wie es ihn nützlich dünkt: hat er nicht Betriebscapital genug, so läßt er Aecker brach liegen, wiegt der Vortheil einer Wasserleitung die Kosten ihrer Erhaltung nicht auf, so läßt er sie verfallen. Man kann daher nicht schlechthin sagen: wer als Nießbraucher einen Aquäduct verfallen läßt, ist in culpa. Ganz etwas Anderes ist es, daß der Eigenthümer seine Sache nach beendigtem Nießbrauche unverschlechtert wieder zurück haben will. Dazu dient ihm aber eben die cautio usufructuaria, die wegen jenes aus der Consequenz des Gesetzes sich ergebenden Zwiespaltes eingreifen muß. Durch sie wird der Usufructuar verpflichtet, nicht wie ein Eigenthümer, sondern wie

---

[7]) Elvers, Servituten 449. 455.

ein bonus pater fam. die Aecker zu benutzen[8]), und damit ein sonst nicht vorhandener Maßstab zur Bestimmung der culpa gegeben. Der Fall ist also ähnlich dem oben besprochenen der cautio damni infecti[9]).

Entscheidend für die ganze Frage ist Coll. 12, 7 § 7. Wir haben hier offenbar den durch die Compilatoren verkürzten Urtext zu Ulpians Entscheidung in fr. 27 § 9 c. vor uns. Die Motive lauten:

> Nam qui non custodiit nihil fecit: qui recte ignem subiecit non peccavit: quemadmodum si hominem medicus recte secuerit, sed neglegenter vel ipse vel alius curaverit, Aquilia cessat. quid ergo est? et hic puto ad exemplum Aquiliae dandam actionem tam in eum, qui ad fornacem obdormivit vel neglegen-

---

[8]) fr. 12 ususfr. quemadm. 7, 9. Paulus R. S. 3, 6 § 27. Elvers a. a. O. 452.

[9]) Anders sucht Busch, Archiv 45, 41 das fr. 13 § 2 c zu beseitigen. Doch scheint mir diese Erklärung nicht ganz gelungen. Er meint, beweisend würde die Stelle nur sein, wenn im Anfange des § 2 die Haftung des Usufructuars sofort auf den durch positive Thätigkeit des Schuldigen herbeigeführten Schaden beschränkt wäre; der Fructuar werde indes wegen sämmtlicher Beschädigungen für haftpflichtig erklärt. In den angeführten Beispielen sei die Klage deshalb unzulässig, weil der Schade noch nicht geschehen sei, sondern erst drohe. — Das erstere scheint mir zu viel verlangt: es lag gar kein Grund vor, an dieser Stelle schon die Anwendbarkeit der Klage zu restringieren. Das letztere aber ist wol kaum haltbar. Die Ausdrucksweise läßt es nicht zu, an einen erst künftigen Schaden zu denken. Man könnte es im ersten Falle, wo der Acker brach liegt, vielleicht auch im zweiten, obwol hier doch schon eine Minderung des Ertrages vorhanden sein wird, sicherlich aber nicht im dritten. Es handelt sich ja für die actio Aq. nicht um eine Verschlechterung des ganzen Gutes, die allerdings nur allmählich eintreten kann, sondern um die Beschädigung eines einzelnen Stückes. Aber selbst wenn zur Zeit, wo die Klage erhoben wurde, das Grundstück erst begonnen sich zu verschlechtern, so heißt das doch praktisch ausgedrückt: das Grundstück ist jetzt so und so viel weniger werth als früher. Ein Schade wäre also unter allen Umständen erkennbar.

ter custodiit, quam in medicum, qui neglegenter curavit, sive homo periit sive debilitatus sit.

Wir erfahren aus dieser Darlegung, daß die Frage danach, ob eine culpose Unterlassung als Grundlage für die actio Aq. genüge, schon von den römischen Juristen verhandelt wurde, und erhalten hinreichende Auskunft über ihre Entscheidung. Ulpian unterscheidet ganz genau: wer am Ofen einschläft hat nichts gethan, wer das Feuer ordentlich anzündet hat nichts versehen, d. h. jener ist in culpa, hat sich aber keiner Handlung schuldig gemacht: dieser hat eine Handlung vorgenommen, ist aber nicht in culpa. Damit stellt er den Fall ganz gleich, wo ein Arzt kunstgemäß operiert und dann die Cur vernachlässigt. Auch er soll nicht mit der Aq. Klage haften: denn (das ist doch der Gedankengang) er war bei der Handlung nicht in culpa, und die Dereliction der Cur ist eine culpa, aber keine Handlung. Hienach wird also beides, Handlung und culpa, zum Thatbestande der directen Klage erfordert: es genügt auch eine auf eine nicht culpose Handlung folgende culpose Unterlassung keineswegs [10]). Wol aber genügt eine Unterlassung für die actio ad ex. legis Aq., wenn sich dieselbe nur als wirkliche culpa charakterisiert. Und damit kommen wir auf den Culpabegriff der Römer zurück.

Es ist überhaupt nicht richtig, die Frage in der Weise zuzuspitzen, wie es namentlich von Löhr und Hasse geschehen ist. Sie giengen, als sie die culposen Unterlassungen vom Aq. Gesetze ausschlossen, offenbar von dem unbedingt an die Spitze zu stellenden Principe aus, daß man die Klage wegen Beschädigung nicht übermäßig ausdehnen dürfe und deshalb positive Handlungen fordern müsse. Dies war jedesfalls auch

[10]) Daher also die actio ut. in fr. 27 § 9 c., die als solche lediglich auf Rechnung der Compilatoren kömmt. Uebrigens hat schon Suarez 3, 7. 1 § 33 ff. p. 167, ohne die obige Stelle zu berücksichtigen, die richtige Meinung entwickelt.

römische Auffassung: die römischen Juristen erreichten aber denselben Zweck nicht durch äußerlichen Schematismus, sondern durch ihren Culpabegriff.

Daß die actio directa eine Handlung voraussetzt, ist im Grunde selbstverständlich: denn ohne eine solche ist eine unmittelbar beschädigende Einwirkung auf eine körperliche Sache nicht wol denkbar. Wo die Einwirkung eine mittelbare ist, tritt allerdings das Erfordernis schärfer hervor. Die Compilatoren scheinen indes die Spuren dieser Unterscheidung verwischt zu haben, weil sie ihnen nach Justinians doctrinärem Schema in § 16 h. t. nicht mehr für die Differenz zwischen directa und utilis actio wesentlich erschien. Und wir dürfen dieselbe daher ebenfalls fallen lassen. Ulpian sagt fr. 1 § 2 si is qui test. 47, 4:

> Proinde siquid damni dedit sine dolo, cessabit ista actio, quamvis alias Aquilia teneatur ob hoc, quod dammum qualiterqualiter dederit,

d. h. wenn nur die Schadenszufügung imputiert werden kann, Einer in culpa ist, so haftet er ex lege Aq. Es ist nun schon oben ausgeführt, daß es unrichtig ist, in die culpa selbst schon ein Moment für die Art der Schadenszufügung hinein zu tragen, dieselbe etwa zu einer culpa in faciendo zu stempeln. Vielmehr ist die culpa ein subjectiver Zustand, die Neglegenz, und ein solcher offenbart sich nicht in einer bestimmten Handlung oder Unterlassung, so daß man sagen könnte, diese ist die culpa, sondern er hat äußerlich eine bestimmte Art des Verhaltens zur Folge, deren Ende und Spitze die Handlung oder Unterlassung ist. Diese Anschauung ist die römische. Es wird stets nur danach gefragt, ob eine substantielle Beschädigung einerseits, eine Unachtsamkeit als deren Ursache andererseits vorliege. Wenn ein Stein vom Wagen fällt und ein Thier beschädigt, so kann das geschehen, weil die Steine schlecht geschichtet sind, oder weil das nothwendige

Hinterbrett nicht vorgeschoben ist. Dort Handlung, hier Unterlassung. Darauf kömmt es aber nicht an, sondern auf die schlechte Packung, auf das Fehlen des nothwendigen Brettes. Noch deutlicher wird dies, wo von dem Schuldigen causa damni prästiert ist. Hier ist es ganz gleichgiltig und wird nicht untersucht, wie die Lage herbeigeführt ist. Das Giftfläschchen, das der Kranke austrinkt, kann eben so wol fahrlässiger Weise neben dem Bette desselben stehen bleiben (Unterlassung), als hingestellt werden (Handlung); das Feuer, das sich von meinem Acker auf das Nachbargrundstück verbreitet, kann ebenso gut deshalb um sich greifen, weil ich den Wind nicht beachtet oder ihm den Brennstoff nach der Nachbarseite nicht entzogen habe, als weil ich den Wassergraben zwischen beiden Grundstücken habe ausfüllen lassen. Ueberall wird sich die Untersuchung nur darauf zu richten haben: einmal, ob eine culpa vorhanden ist, d. h. ob man nach den vorliegenden thatsächlichen Momenten im Stande ist, dem Beklagten eine Fahrlässigkeit zur Last zu legen, und andererseits, ob zwischen dieser culpa und der Sachbeschädigung ein Causalnexus bestehe. Ueber diesen letzten Punkt bedarf es noch einiger Bemerkungen.

XV.

Es ist also zum Thatbestande des damnum i. d. späterer Entwickelung nur wesentlich, daß zwischen der culpa des Schuldigen und dem Vermögensnachtheile des Beschädigten ein durch die Einwirkung auf eine körperliche Sache vermittelter Causalzusammenhang bestehe, oder kürzer: die culpa muß als Ursache des damnum erscheinen. Man darf hier nicht ohne Weiteres denselben Maßstab anlegen, wie bei der Beurtheilung des Causalnexus zwischen der beschädigenden Handlung und dem Interesse des Beschädigten, obwol un-

zweifelhaft Analogien bestehen. Wenn Cohnfeldt [1]) diese Unterscheidung damit als unzutreffend zurückzuweisen sucht, daß er den rechtswidrigen Erfolg eben so wie das Interesse (den Schaden) ohne Weiteres als Folge der Handlung des Verletzers charakterisiert, so ist dies nach meinem Dafürhalten nicht ganz richtig. Entweder nämlich ist die Handlung des Schuldigen beides zugleich, Ursache und Wirkung, z. B. ein Schlag, der Verkauf eines kranken Thieres: hier ist es unmöglich, die rechtswidrige Handlung von dem rechtswidrigen Erfolge zu trennen; oder die Handlung zerfällt in Culpa und deren Erfolg. Dann kann die erstere ebenfalls sich als selbständige Handlung darstellen. Sie kömmt aber nur als Erscheinungsform der Fahrlässigkeit in Betracht, z. B. die Ueberladung eines Lastthieres, und darum muß der Schuldige zweifellos auch für die mittelbaren Consequenzen der Schuld einstehen. Aber es scheint mir klar, daß zwischen dem eben bezeichneten Verhältnisse der culpa zu dem rechtswidrigen Ereignisse als solchem, und diesem Ereignisse und dem Rückschlage, den es auf das Vermögen des Angegriffenen ausübt, ein gewaltiger Unterschied besteht. Bei dem ersteren fragt es sich, ob, bei dem letzteren, wie weit das betroffene Vermögen von dem Ereignisse ergriffen wird. Daher ist für die lex Aq. ersteres bei der Frage von Bedeutung, wie das damnum zugefügt, letzteres bei der Frage, wie es geschätzt werden müsse [2]). Hier ist nur von ersterem die Rede.

Es würde nun unrichtig sein, zur Begründung eines Causalzusammenhanges zu verlangen, daß fest stehe, diese Ursache habe nothwendig diese Wirkung herbeiführen müssen. Daher darf man auch darauf nicht Rücksicht nehmen, ob die Wirkung irgendwie durch diligentia boni patris f. hätte vermieden wer-

[1]) die Lehre vom Interesse S. 144 f.
[2]) vgl. F. Mommsen, Beitr. 2, 167.

den können. Man hat dies dennoch behauptet[3]) und mit Stellen belegt, die sich sämtlich auf die Culpacompensation beziehen[4]). Keinesfalls aber kann diese Theorie für die lex Aq. maßgebend sein. Denn hier handelt es sich stets um die Beschädigung fremdes Eigenthumes. Und auf sein Eigenthum — doch lediglich im Interesse des Beschädigers — die *diligentia boni patris f.* zu verwenden, darf, wie schon öfters hervorgehoben, Niemandem zugemuthet werden. Vielmehr liegt es in der Natur des Verhältnisses von Ursache und Wirkung, daß es ausschließlich ist, d. h. eine Ursache, die nicht allein die Wirkung hervorbringt, ist keine Ursache. Daher schneidet jeder Umstand, der selbständig die nämliche Wirkung herbeiführt, die Causalität durch. Denn eben weil der unmögliche Nachweis, daß die Wirkung eine nothwendige Folge der Ursache war, nicht gefordert wird, muß die Causalität ihr Ende erreichen, wo eine zweite causa eingreift, gleichgiltig, ob die Wirkung auch ohne diese eingetreten wäre oder nicht. Ein non liquet des Richters in dieser Beziehung muß allemal gegen den Kläger, also den Verletzten entscheiden. Allein hiebei darf man nie von den gegebenen Verhältnissen abstrahieren. Die mitwirkenden Ursachen, causae adiuvantes, die in der Natur der Umstände liegen, können die Causalität nicht aufheben, z. B. Krankheit des geschlagenen Sklaven. Das zu unterscheiden, was als causa adiuvans, als naturgemäße Beiursache, und als selbständige neue Ursache, causa conficiens[5]), zu betrachten sei, ist eben die Aufgabe der Diligenz des bonus pater f. Darin besteht die Neglegenz oder Culpa, etwas Vorausgesehenes nicht zu beachten oder etwas

---

[3]) Mommsen, 157 ff. vgl. Windscheid, Pand. 2, 1. 32. Dagegen namentlich Cohnfeldt 143 ff.

[4]) fr. 11 § 12 de A. E. V. 19, 1. fr. 23 § 8 de aed. ed. 21, 1. fr. 45 § 1 de A. E. V. 19, 1 u. s. w.

[5]) Ueber diese Unterscheidung vgl. Cic. de part. or. § 94.

Vorauszusehendes nicht vorauszusehen[6]). Diese anscheinend subtile Distinction gestaltet sich in der Anwendung ganz einfach. Ueberall wo neben die ursprüngliche causa des rechtswidrigen Ereignisses eine andere selbständige causa hinzutritt, so daß nicht unterschieden werden kann, welches die wahre Ursache ist, da wird der ersten causa das Ereignis nicht zugerechnet.

Diese Sätze finden durchaus ihre Bestätigung in den Quellen. Zunächst gehören hieher die Fälle der Culpacompensation. Der Herr dringt nicht mit der Klage wegen Tödtung seines Sklaven durch, sondern nur mit der Klage aus dem dritten Capitel, si vulneratus servus fuerit non mortifere neglegentia autem perierit, fr. 30 § 4 h. t. (s. oben S. 61 f.) Allein die Römer sind entschieden noch weiter gegangen. Es fragt sich, wie weit ein zufälliges Ereignis (wozu im Rechtssinne ja auch die Handlung eines Dritten gehört), das zur Beschädigung und zum damnum mitgewirkt hat, auf den Causalnexus von Einfluß ist. Man hat in dieser Beziehung zwischen causam und occasionem damni praestare unterscheiden wollen[7]). Das letztere gehe auf den Fall, wo noch ein äußerer Umstand die Beschädigung vermittele. Die Redensart wird nur fr. 30 § 3 h. t. gebraucht:

> siquis in stipulam suam vel spinam comburendae eius causa ignem immiserit et ulterius evagatus et progressus ignis alienam segetem vel vineam laeserit, requiramus, num imperitia eius aut neglegentia id accidit. nam si die ventoso id fecit culpae reus est: nam et qui occasionem praestat

---

[6]) Dem widerspricht Windscheid, Pand. 2, 1. 30 nicht, wenn er den Schuldigen auch für unvorhergesehene Thatsachen haften läßt. Seine Darstellung bezieht sich auf das Interesse.

[7]) Hasse, Culpa 30 n. 2. Dagegen schon Allg. (Hallische) Litt. Ztg. 1818. 2, 715 f., freilich ohne weitere Begründung.

> damnum fecisse videtur . . . . at si omnia quae oportuit observavit vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa.

Allerdings kömmt hier zu dem Anzünden des Feuers als äußerer mitwirkender Umstand noch der Wind hinzu. Aber ist dies nicht in den Fällen der causae praestatio eben so? Der Sklave, dem die Kleider ausgezogen sind, würde im Hochsommer schwerlich erfrieren: es kömmt der äußere Umstand hinzu, daß es Winter ist; das gejagte Thier würde nicht verenden, es kömmt dazu, daß es trächtig ist. Die Sache ist vielmehr die, daß, wie schon hervorgehoben, der Schade unter den gegebenen Verhältnissen zu erwarten war. Anders, hat man behauptet, stünde es mit fr. 57 loc. 19, 2 von Javolen.

> Qui domum habebat aream iniunctam ei domui vicino proximo locaverat: is vicinus cum aedificaret in suo, terram in eam aream amplius quam fundamenta cementicia locatoris erant congessit, et ea terra adsiduis pluviis inundata ita pariete eius qui locaverat [humore praestituto] madefacto[8]) aedificia corruerunt. Labeo ex locato tantummodo actionem esse ait, quia non ipsa congestio, sed humor ex ea congestione postea damno fuerit, damni autem iniuriae actio ob ea ipsa sit

---

[8]) So liest Kriegel ohne Variante. Mommsens Ausgabe gibt jetzt parieti als Florentiner L.A. und pariete wird conjiciert. Durch diese Häufung dreier Ablative wird die Construction so schwerfällig wie möglich. Früher hat man einfach statt praestituto praestito geschrieben und madefacto gestrichen. Sehr unkritisch. Das Nächstliegende scheint mir trotz Mommsen, die Worte humore praestituto als Glossem zu pariete madefacto einfach wegzulassen. Denn die beiden Ablative neben einander sind geradezu unerträglich. Dagegen spricht auch Kyrills Paraphrase nicht, welche auf den ersten Blick die Conjectur des Budäus: perstillato humore zu unterstützen scheint: Bas. 2, 1. 57 [2, 364]: *καὶ ἡ βροχὴ κατὰ τοῦ ἐμοῦ τοίχου διὰ τοῦ χώματος ἐρχομένη ἔρριψεν αὐτόν.* Mit den hervorgehobenen Worten kann auch die terra inundata wiedergegeben sein.

per quae non extrinsecus alia causa oblata damno quis affectus est. hoc probo.

Hasse findet in dieser Stelle einen Widerspruch mit fr. 30 § 3 c. Javolen soll geistloser interpretiert haben als Paulus (der Vorwurf würde beiläufig den Labeo treffen). Jemand schüttet bei Gelegenheit eines Hausbaues auf einer von seinem Nachbarn gemietheten area Erde auf. Diese wird durch anhaltenden Regen feucht, die Nässe durchdringt die Wand des Nachbarhauses und dieses stürzt zusammen. Nach Labeo ist hier keine actio damni iniuriae zulässig: denn nicht die Aufschüttung der Erde selbst, sondern die durch den Regen erzeugte Nässe, eine causa extrinsecus allata, hat den Einsturz bewirkt. In der That ist mir nicht klar, wo hier die Antinomie liegen soll. Die durch unvorgesehene Regengüsse entstandene Feuchtigkeit entspricht vollkommen dem im fr. 30 § 4 c. erwähnten plötzlichen Windstoße, der das Feuer dem Nachbarn zutreibt. Hier wie dort wird für einen wahrhaft extrinsecus, d. h. unerwartet von außen kommenden Umstand nicht gehaftet. Denn ein ganz ungewöhnliches Ereignis nicht vorherzusehen, ist keine culpa [9]). In beiden Fällen haben

[9]) So scheint auch Keller, Pand. 680 n. 55 die Stelle zu verstehen. Sonst pflegt man gewöhnlich nur die directa a. durch Labeo für ausgeschlossen zu halten: Suarez 3, 7. 1 p. 168. Löhr, Beiträge 158 ff. Daß dies unrichtig ist (namentlich wegen des tantummodo), zeigt Schöman, Fragmente 89 ff., ohne daß jedoch alle seine Argumente stichhaltig sind. — Das einzige Bedenken gegen die im Texte gegebene Auslegung ist, daß die Erde amplius quam fundamenta cementicia locatoris erant aufgeschüttet wurde, d. h. doch wol: sie lag auch an dem Theil des Hauses an, der nur von Fachwerke gebaut, also gegen Nässe nicht so widerstandsfähig war, wie der steinerne Unterbau. Darin scheint schon eine culpa des Miethers zu stecken. So auch Schöman 88. Allein diese Erdaufhäufung wird mit dem Hausbaue motiviert. Es liegt nahe anzunehmen, daß gerade um die dabei ausgegrabene Erde unterzubringen, die area gemiethet worden ist. Damit erledigt sich denn auch m. E. die von Unterholzner 2, 696 zwischen fr. 57 und fr. 18 de S. P. U. 8, 3 angenommene Differenz. Die Wasser-

wir sonach eine Aufhebung der Causalverbindung zwischen culpa und damnum durch äußere, unvorhergesehene Ereignisse. Derselbe Gedanke liegt auch der Entscheidung in fr. 52 pr. h. t. zu Grunde:

> Si ex plagis servus mortuus esset neque id medici inscientia aut domini neglegentia accidisset, recte de iniuria occiso eo agitur.

Wir können die Stelle hieher ziehen, obwol es sich darin zunächst um die Frage, ob erstes oder drittes Capitel handelt. Denn jedesfalls löst sie diese Frage so, daß sie untersucht, ob zwischen dem Tode des Sklaven und der culpa ein Zusammenhang stattfindet, während es gleichgiltig bleibt, daß trotz dem Mangel desselben, immer noch die Klage wegen Verwundung offen steht [10]. Die Entscheidung geht, wie wir unter Vergleichung von fr. 15 § 1 h. t. durch sicheres argumentum a contrario schließen können, dahin, daß, wenn ein verwundeter Sklave in Folge der Unkenntnis des Arztes nicht geheilt, sondern gestorben ist, man mit der Klage wegen Tödtung desselben nicht durchdringt. Den Grund für diese Entscheidung finden die Römer in der Beweisfrage. Es ist unmöglich festzustellen, ob der Sklave auch in der Behandlung eines anderen Arztes gestorben, ob das Haus auch ohne den Regen gestürzt, ob das Nachbargrundstück auch an einem windstillen Tage vom Feuer ergriffen wäre. Sehr wahrscheinlich wird aber das Gegentheil, wenn ein solcher äußerer Umstand als wirksam nachgewiesen wird. Daher wird der Satz, daß, wenn

röhren werden ganz dicht an die fremde Hauswand gelegt. Da ist ohne besondere Zwischenfälle wie in fr. 57 c. vorauszusehen, daß die Wand feucht werden muß. Es liegt also in der applicatio selbst eine culpa. Daher ist, wenn ein damnum nun wirklich eintritt, die Aq. begründet, wie in fr. 17 § 2. si serv. 8, 5.

[10]) Dies gegen Demelius, JB. f. Dogmatik 5, 70. Von einer eigentlichen Culpacompensation ist hier allerdings keine Rede, diese hat aber auch nicht als solche, sondern nur als Unterbrechung des Causalnexus Bedeutung.

ein verwundeter Sklave von einem Hause erschlagen wird, nur dann aus dem dritten, aber wenn er freigelassen und dann gestorben sei, aus dem ersten Capitel geklagt werden könne, von Julian fr. 15 § 1 h. t. damit begründet:

> haec ita tam varie, quia verum est, eum a te occisum tunc cum vulnerabas, quod mortuo eo demum apparuit, at in superiore non est passa ruina apparere an sit occisus.

Und wie hier, so dehnt Celsus fr. 11 § 3 h. t. die Regel auch auf den tödtlich verwundeten Sklaven aus, d. h. auf den, von welchem thatsächlich feststeht, er müsse an der Wunde sterben.

> Celsus scribit: si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit, posteriorem teneri, quia occidit; quod et Marcello placet et est probabilius.

Zu dieser Entscheidung muste man m. E. consequenter Weise gelangen. Wenn man sich auf den oben entwickelten Standpunkt stellte, daß es nie auf den Beweis ankomme, ob die Wirkung nothwendig eintreten muste, so kann dies auch dann nicht geschehen, wenn die Nothwendigkeit einmal thatsächlich festgestellt ist. Dem widerspricht indes die Ausführung Julians in fr. 51 h. t. geradezu. Wenn ein Sklave eine Wunde erhalten hat, ut eo ictu certum esset eum moriturum, und dann von einem Andern getödtet wird, so sollen beide aus dem ersten Capitel belangt werden können. Eine Vereinigung zweier sich principiell entgegenstehender Stellen in demselben Digestentitel ist sehr wünschenswerth. Man hat sie darin finden wollen [11]), daß Celsus fr. 11 § 3 c. ebenso

---

[11]) Vangerow, Pand. 3 § 687. Anm. II, 4.

wie Julian selbst fr. 15 § 1 h. t. den Fall im Auge hätte, wo der zweite Schlag sofort den Tod des Sklaven nach sich zog. Dann sei es sicher, daß der Sklave in Folge der zweiten Verwundung gestorben sei, und die Entscheidung durchaus consequent. In fr. 51 c. dagegen liege ein Fall vor, wo die zweite Wunde des Sklaven Tod nur beschleunigt habe (ut maturius interficeretur); hier sei es wieder nur consequent, beide als Todtschläger zu behandeln. Für das Justinianische Recht, und um die Einheit der gesetzlichen Normen aufrecht zu erhalten, mag man diese Auffassung der Sache annehmen. Daß sie im Sinne der beiden Juristen gelegen, möchte ich bezweifeln. — Julian gebraucht in fr. 15 § 1 h. t., wo er einen Fall entscheidet, in welchem der Tod der Verwundung sofort folgt, ebenfalls den Ausdruck: maturius periit. Es liegt also in den Worten der Fragmente nichts, was die eben bezeichnete Meinung Vangerows unterstützen könnte. Die Motivierung der Ansicht Julians in fr. 51 c. scheint mir ebenfalls für jene Interpretation keinen Anhalt zu bieten. Offenbar nämlich parallelisiert Julian den Fall, wo zwei ex intervallo einen Sklaven verwundet haben, mit dem anderen, wo dies gleichzeitig und promiscue geschieht (§ 1). Wie hier die Mehreren in solidum haften, weil und sofern nicht festgestellt werden kann, wer der wahre Todtschläger ist, so soll es auch gehalten werden, wenn eine Zeit zwischen den beiden Verwundungen vergeht. Er setzt also voraus, daß der Eine so gut wie der Andere den Tod allein herbeigeführt haben würde, daß aber nun, da beide zusammentreffen, der Beweis unmöglich wird. In § 2 findet sich Julian mit der anscheinend absurden Consequenz ab, daß beim ersten Beschädiger vom Tage der Verwundung an zurückgerechnet wird, beim zweiten vom Tage des Todes, so daß also der letztere auch eine dem Sklaven nach der Verwundung zugefallene Erbschaft ersetzen muß. In dieser ganzen Argumentation findet sich kein Anhalt für die An-

nahme einer Verschiedenheit der Fälle in fr. 11 § 3 und fr. 51. Vielmehr ist die Grundlage der ganzen Beweisführung, daß beide Schuldige als Todtschläger angesehen werden. Und das schließt die Anschauung gerade aus, welche die zweite Verwundung nur als den Tod beschleunigend betrachten will. Diesen Fall könnte man unmöglich mit dem, ubi non apparet cuius ictu perierit servus in eine Linie stellen. Julians Ausgangspunkt hat nun aber seinerseits wieder als Voraussetzung, daß die Letalität der ersten Wunde feststeht. Darauf weist schon der Basilikenscholiast hin: obwol es unrichtig ist, darin die Vereinigung beider Stellen zu finden[12]. Denn eine absolut tödtliche Wunde wird auch in fr. 11 § 3 vorausgesetzt. Indes sind manigfache Andeutungen vorhanden, daß das römische Recht die Theorie von der Letalität, wie sie die gleichzeitige Medicin suppeditierte[13], nicht ganz von der Hand gewiesen hat[14]. Sonach läßt sich Julians Ansicht, gerade bei Verwundungen eine Ausnahme von der sonstigen Regel zu machen, wol erklären. Er drang aber damit weder

---

[12]) Schol. 7. Bas. 7, 60 (5, 319): *τοῦτό ἐστιν ἡ διαφορὰ τοῦ παρόντος κεφαλαίου πρὸς β' θέμα τοῦ ιε' κεφαλ., ὅτι ἐκεῖ ἡ πρώτη πληγὴ οὐκ ἦν ἐξ ἀνάγκης θανάσιμος, ἀλλ' ἀμφίβολος, ἐνταῦθα δὲ ἡ πρώτη ἐξ ἀνάγκης ἔμελλε φονεῦσαι τὸν πληγέντα, καὶ ἴσως μεθ' ἡμέραν.*

[13]) vgl. Celsus, de med. 5, 26.

[14]) Paulus R. S. 5, 23 § 5 (= Coll. 2, 7 § 1) erklärt es mit Hinblick auf die lex Cornelia de sicariis für keine idonea mortis causa, wenn der Sklave erst einige Tage, nachdem er die Wunde empfangen, stirbt, und dieser causa mortis stellt er den Fall gegenüber: si fuerit letaliter vulneratus. In ganz ähnlicher Weise sagt Constantin c. 1. C. Th. de emend. serv. 9, 12, wenn ein Sklave mit Ruthen gepeitscht und gestorben sei, so solle der Herr nicht mit einer Klage wegen Todschlages belangt werden können: dierum distinctione sive interpretatione depulsa. Diese beiden Stellen können doch nur auf die Meinung gehen, welche die Letalität der Wunde nach dem zwischen dem Empfange derselben und dem Tode liegenden Zeitraume bemaß — ein ganz ähnlicher Standpunkt wie ihn die Carolina art. 147 andeutete, die Praxis weiter entwickelte.

durch, noch blieb er ganz consequent bei seiner Lehre. Denn in dem Falle, wo die zweite Verletzung nicht von einem Menschen ausgieng, sondern durch ein zufälliges Ereignis eintrat, ließ er sie wieder fallen: fr. 15 § 1. Veranlassung gab also wol nur die Analogie der mehreren gleichzeitigen Angreifer. Diese aber ist in sofern triegerisch, als es sich hier weniger um mehrere tödtliche Wunden handeln wird, von denen man nicht weiß, welche thatsächlich den Tod herbeiführte, als um einen tödtlichen Schlag, dessen Urheber aber nicht zu ermitteln ist [15]).

[15]) vgl. über die beiden Stellen noch im Allgemeinen: Cuiac. obs. 27, 13 (wonach die ausführliche Exposition Julians sogar im Gegensatze zu Celsus ihren Grund hat), Suarez 1, 3. 3 § 6 p. 42, Pothier, Pand. Just. 9, 2. V. (1, 280), Noodt, c. 10 p. 133, Glück 10, 348, Löhr, Theorie 126 ff. Mommsen, Beitr. 2, 142 n. 7. Windscheid, Pand. 2, 1, 31 n. 15.

Drittes Capitel.

Durchführung der Aquilischen Klage.

XVI.

Das Recht, die Aquilische Klage anzustellen, steht zunächst dem Wortlaute des Gesetzes gemäß dem Eigenthümer der beschädigten Sache, des getödteten Thieres u. s. w. zu [1]). Gleichgiltig muß es daher sein, ob der Kläger auch Eigenthümer der beschädigten Sache bleibt, wenn er es nur im Augenblicke der Beschädigung wirklich ist. Wenn er später gezwungen werden kann, das Eigenthum einem Anderen zu übertragen, so kann es sich nur fragen, ob er zur Mitübertragung dieser bereits erworbenen Klage verpflichtet ist, welche gewissermaßen der Sache anklebt. So bei der Redhibition. Wenn der Kaufvertrag perfect und die Sache tradiert ist und nun derselbe mit der Wandlungsklage angefochten wird, so bleibt der Käufer immer noch allein zur Anstellung der Aquilia legitimiert; muß aber, falls er mit der redhibitoria durchdringt, die Aquilia dem Verkäufer cedieren, oder was er bereits erlangt mit zurück geben, fr. 11 § 7 h. t. Mehrere andere Fälle werden gleich in anderem Zusammenhange besprochen werden. Eigenthümlich sind nur die Fälle, wo das Eigenthum nach

[1]) fr. 11 § 6. fr. 27 § 7 sq. h. t.

der Beschädigung auf eine andere Weise als durch Uebertragung auf einen Rechtsnachfolger verloren geht. So namentlich, wenn der verwundete Sklave im Testamente freigelassen wird. Stirbt er bei Lebzeiten des Erblassers, so hat natürlich dieser die Klage auf den Werth des Sklaven; der Erbe dagegen hat sie nicht. Denn er hat niemals ein Anrecht an den Sklaven gehabt, fr. 23 § 1 h. t. [2]). Ebenso wenig kann der Erbe des Sklaven klagen, der nach dem Tode des Erblassers an seiner Wunde stirbt, fr. 15 § 1. fr. 16. fr. 36 § 1 h. t. Denn res in eam causam deducta est a qua incipere non potuit, fr. 85 § 1 de R. J. 50, 17. Es wäre absurd, eine Klage, welche dem Erblasser nicht zusteht, dem Erben zu geben. Anders dagegen, wenn der Sklave einen Miterben hat. fr. 36 § 1 Marcelli h. t.

> Si dominus servum, quem Titius mortifere vulneraverat, liberum et heredem esse iusserit eique postea Maevius (exstiterit heres, non habebit Maevius) [3]) cum Titio legis Aq. actionem, scilicet secundum Sabini opinionem, qui putabat, ad heredem actionem non transmitti, quae defuncto competere non potuit: nam sane absurdum accidet, ut heres pretium quasi occisi consequatur eius, cuius heres exstitit. quod si ex parte eum (servum) dominus heredem cum libertate esse iusserit, coheres eius mortuo eo aget lege Aquilia.

Der Erblasser hat die Klage auf den Werth des Sklaven so-

---

[2]) Der Sklave selbst, wenn er genesen ist, könnte nach fr. 13 pr. h. t. höchstens die utilis actio haben. Aber auch diese spricht ihm Cuiac. obss. 27, 10 und wol mit Recht ab. Denn im Augenblicke der Verwundung des Sklaven erwarb der Herr die Klage. Man darf nicht annehmen, daß sie in der Person des Freigelassenen ohne Weiteres convalesciere. Sch. 13 Bas. 60, 3. 23 (5, 279): *ἑτέρου γὰρ ἦν τότε δοῦλος τοῦ διαθεμένου κἀκεῖνος ἐλεύθερον αὐτὸν καταλιπὼν ἔσβεσε τὴν ἀγωγήν.*

[3]) Ueber diese Ergänzung s. Th. Mommsen, JB. d. gem. R. 5, 420.

fort mit der Verwundung erworben; es ist gleichgiltig, ob er erst nach dem Tode des Erblassers, also in der Freiheit stirbt, wenn nur an der erhaltenen Wunde[4]). Nimmt man nun an, daß die Klage ganz und ungetheilt auf die beiden Miterben kömmt und auch nach Wegfallen des mitberufenen Sklaven bei dem anderen Erben verbleibt, so ist wol erklärlich, wie dieser die vom Erblasser bereits erworbene Klage nun allein für sich anstellen kann. So erklärten die Schlußworte der Stelle schon ein Basilikenscholiast und Cujaz[5]). Und dies scheint mir — soll man die eigenthümliche Construction einmal hinnehmen — das einzig Consequente. Dagegen will freilich Suarez[6]), wie schon Accursius, dem Miterben die Klage nur nach Verhältnisse seines Erbtheiles zugestehen. Allerdings ist seine Polemik gegen die von servus communis hergenommenen Argumente des Cujaz, namentlich fr. 23 de A. R. D. 41, 1 und fr. 12 de auct. tut. 26, 8 vollkommen begründet. Indes glaube ich doch nicht, daß eine Theilung der Klage, wie sie sich Suarez denkt, zulässig ist. Sie würde den wunderlichen Gedanken voraussetzen, daß der Freigelassene die Hälfte der Klage erwirbt, die dem Erblasser kraft seines Eigenthumes an ihm selbst zustand, daß er aber sie nur erwirbt, um nie davon Gebrauch zu machen. Die ganze Construction ist überhaupt nur möglich, wenn man den Freigelassenen sofort mit dem Tode des Erblassers für weggefallen ansieht.

Ist also der Aq. Anspruch vom Erblasser bereits erworben, so geht er auch auf den Erben über, d. h. wenn die Beschädigung noch bei Lebzeiten des Erblassers stattgefunden hat[7]). Wird nach dem Tode des Erblassers, aber vor An-

[4]) fr. 56 de O. et A. 44, 7. cf. fr. 3 § 1 de lege Fav. 48, 15.
[5]) Schol. 8 Bas. 60, 3. 36 (5, 308). Cuiac. obss. 27, 10.
[6]) 1, 4. 4 § 3 p. 52.
[7]) fr. 23 § 8 ht. fr. 1 § 1. de priv. del. 47, 1.

tritte der Erbschaft eine res hereditaria verletzt, so scheint man die Sache so aufgefaſt zu haben, als werde zunächst die Klage der Erbschaft selber erworben, da es sich ja um einen der Sache anklebenden, auch ohne Subject zu erwerbenden Anspruch handelt[8]). Daher denn auch die Concurrenz der Aquilia mit der hereditatis petitio. Nach angetretener Erbschaft hat der Erbe natürlich die Klage aus seinem eigenen Rechte, fr. 36 § 2 de H. P. 5, 3.

Verwickelter wird das Verhältnis bei Collision des Erben mit dem Legatare. Wird eine vermachte res zerstört oder beschädigt, so entscheidet es sich nach den verschiedenen Zeitpunkten, wem das Eigenthum und mithin die Klage zusteht. Die Vindicationslegate, um die es sich hier überall handelt, wurden nach der Meinung der Sabinianer sofort mit dem Antritte der Erbschaft erworben, die Proculianer hielten außerdem für nothwendig, daß der Legatar das Legat erwerben wolle, also agnosciere: Gai. 2, 195. In der Zeit zwischen dem Tode des Erblassers und dem Erbschaftsantritte ist die Sache rei hereditatis, so daß, wenn der Legatar das Vermächtnis erwirbt, dieselbe ein Eigenthum des Erben wird. fr. 80 de leg. 2. Die Sabinianische Meinung ist in den Digesten die herschende und aus ihr erklären sich alle Entscheidungen hinsichtlich der Aq. Klage[9]). Von selbst zerfällt das Legat, wenn die legierte Sache schon bei Lebzeiten des Testators zerstört ist. Der Legatar hat auch keine Klage,

---

[8]) fr. 11 § 2. fr. 43 h. t. fr. 13 § 5 qd. vi 43, 24. vgl. Köppen, die Erbschaft 33 ff. 148 ff.

[9]) Diese sonst allgemein angenommene Meinung (Keller, Pand. 1061. Sintenis, Pr. CR. 3, 706) ist neuerdings erst von Pöschmann und Dietzel, Heidelb. krit. Ztschr. 5, 555, dann ausführlich von Köppen bestritten (Jb. f. Dogm. 5, 189 ff., bes. 192), dem sich Baron, Gesammtrechtsverh. 427 n. 1 anschließt. S. indes Fitting, Archiv f. civ. Praxis 42, 148 ff. Unger, östr. Privatrecht 6, 273.

wenn der Sklave nach dem Tode des Erblassers, aber vor dem Erbschaftsantritte getödtet worden ist. Denn vor diesem letzteren Zeitpunkte hat er kein Eigenthum an demselben erworben, fr. 15 pr. h. t. fr. 7 § 5 de d. m. 4, 3. Die Aq. Klage aber tritt nicht ohne Weiteres an Stelle der vermachten Species, vielmehr kömmt sie der hereditas zu Gute, welche darum bereichert wird, ein Fall, der auch anderweit sich wiederholt [10]). Deshalb ist es gleichgiltig, ob der Erbe oder ein Dritter die Sache zerstört: der Erbe ist in Bezug auf die ruhende Erbschaft ebenfalls extraneus: fr. 7 § 5 c. Kann ihm freilich der Legatar einen dolus, die Absicht nachweisen, das Vermächtnis zu verringern oder zu vereiteln, so hat er eine Klage ex testamento. Culpose Tödtung eines Sklaven seitens des Erben berechtigt daher nicht zur Ersatzforderung. An sich müßte dasselbe gelten, wenn der Sklave während ruhender Erbschaft nur verwundet, also körperlich noch vorhanden ist. Indes soll hier der Erbe dem Legatar die Aq. Klage abtreten. Denn mit dem Erbschaftsantritte ist derselbe Eigenthümer des verwundeten Sklaven geworden. Daher erscheint es billig, ihm auch die ergänzende Klage zu geben, während ihr auf Seiten des Erben jedes Fundament fehlen würde. Wenn endlich die Sache nach angetretener Erbschaft beschädigt ist, so muß nach der hier angenommenen Sabinianischen Anschauung unter allen Umständen die Klage dem Legatar zustehen: er erwirbt das Vermächtnis mit dem Erbschaftsantritte ohne seinen Willen, es kann also nicht darauf ankommen, wann er dasselbe haben zu wollen erklärt. Dem scheint allerdings fr. 13 § 3 h. t. zu widersprechen.

> Si servus legatus post aditam hereditatem sit occisus, competere legis Aq. actionem legatario, si non post mortem servi adgnovit legatum: quod si repudiavit . . . heredi competere.

---

[10]) vgl. fr. 114 § 19 de leg. 1.

So liest die Florentina die hervorgehobenen Worte[11]). Man kann nicht sagen, daß dieser Entscheidung die Proculianische Ansicht zu Grunde liege. Denn abgesehen davon, daß Ulpian in anderen Stellen ganz entschieden auf Seiten der Sabinianer steht, so legt er auch hier das Gewicht vornehmlich auf den Erbschaftsantritt, deutet also damit an, daß das Eigenthum auch seiner Ansicht nach mit diesem Momente übergehe. Und in fr. 15 folgert er aus eben dieser Entscheidung (huic scripturae consequens est), daß vor dem Erbschaftsantritte der Legatar die Klage nicht habe. Daher empfiehlt sich Mommsens Conjectur: si vel. Der Sinn würde dann sein: dem Legatar muß die Klage zustehen, selbst wenn er erst nach dem Tode des Sklaven den Anfall des Vermächtnisses erfahren und seine Annahme erklärt haben sollte. Schlägt der Legatar das Vermächtnis aus, so hat der Erbe die Klage, wenn nicht ein legatarius coniunctus vorhanden ist. Denn dann hat der coniunctus die Klage allein: fr. 34 sq. fr. 36 h. t. Dies folgt aus der Natur des Anwachsungsrechtes. Wenn der coniunctus wegfällt, so gilt er als von vornherein nicht vorhanden gewesen. Und dem Collegatar muß demnach die Klage ausschließlich zukommen.

Der Fideicommissar kann die actio Aq. nur als utilis haben, weil er nicht wahrer Eigenthümer wird. Sonst werden auf ihn dieselben Regeln wie auf den Legatar Anwendung

---

[11]) Donell vermuthete, es sei: si modo zu lesen und ebenso Noodt c. 11 p. 136. Das würde aber zu dem hier auch von Donell selbst postulierten Sinne nicht passen. Denn si modo heißt wenn nur. Es würde also die Agnitionserklärung des Legatars als nothwendig nach dem Tode des Sklaven erfolgend behandelt. Der Einwand von Suarez 1, 5. 1 § 10 p. 59, mit dem Tode des Sklaven erlösche das Legat und könne folglich nicht mehr acquiriert werden, ist ganz schief und petitio principii. — Jeder Abänderung entgegen stehen übrigens Bas. 60, 3. 13 (5, 277): *εἰ μὴ ἄρα μετὰ τὴν ἀναίρεσιν κατεδέξατο.*

finden. Schwierigkeit macht indes hier fr. 66 § 2 ad SC. Treb. 36, 1.

> Si damnum in servo hereditario datum sit, licet per servum hereditarium heredi competere actio coepit, non tamen transit legis Aq. actio ad fideicommissarium: hae enim actiones transeunt, quae ex bonis defuncti pendent.

Beim Universalfideicommisse sollte man es für selbstverständlich halten, daß anders als beim Legatar alle Klagen auf den Fideicommissar übergehen. Er soll ja utiliter ganz in dieselbe Lage wie der Erbe selbst versetzt werden. Diesen Uebergang scheint das Fragment für die lex Aq. zu leugnen, obwol doch diese — sogar das durch die Litiscrescenz erlangte Duplum — ganz entschieden zum Vermögen des Klägers gerechnet wird[12]. Eben deswegen darf man die Schlußworte nicht allgemein verstehen, wie zuerst geboten scheint. Das Fragment setzt, wie schon Donell[13] ausgeführt hat, voraus, daß der Sklave erst nach dem Erbschaftsantritte verletzt ist, dadurch also zunächst der Fiduciar als Eigenthümer der zu restituierenden Erbschaft die Klage erwarb. Dieselbe geht nun als nicht bereits dem Erblasser zuständig, ex bonis d e f u n c t i (der Nachdruck liegt auf dem letzten Worte) nicht ohne Weiteres auf den Fideicommissar über: es bedarf dazu noch, wie im Falle der Verwundung eines legierten Sklaven, der Cession. Diese auszuschließen konnte nicht in der Absicht des Paulus liegen; denn er spricht im ganzen Zusammenhange nur von Klagen, die sofort mit der Restitution der Erbschaft auf den Fideicommissar übergehen[14].

[12]) fr. 52 § 17 sq. pro soc. 17, 2. fr. 17 § 1 de R. V. 6, 1. fr. 1 § 1 de pr. del. 47, 1. fr. 55 de H. P. 5, 3.

[13]) Comment. 7, 25 p. 334 (Hanau 1612). Suarez 1, 5. 2 § 3 sqq. Bering, Erbrecht 798.

[14]) vgl. fr. 73 pr. eod. F. Mommsen, Erörterungen a. d. Obl. Rechte 1, 103.

Schon hier, innerhalb der Grenzen der actio directa, ist so zu sagen der dominus-Begriff erweitert. Man hielt nur in sofern noch streng daran fest, als der Kläger zu irgend einer Zeit das Eigenthum der beschädigten Sache gehabt haben oder erlangen muß. Doch muste man wol weiter gehen. Die Klage wurde allmählich auch anderen dinglich Berechtigten eingeräumt. Die Hauptschwierigkeit lag dann in dem Verhältnisse dieses Klägers zum Eigenthümer. Hiebei darf man m. E. die bonae fidei possessio nicht mit dem dinglichen Rechte auf gleichem Fuße behandeln. Die erstere ist, wie man sie wol bezeichnet hat[15]), ein relatives Recht, d. h. sie wirkt jedem Dritten gegenüber gleich dem Eigenthume selbst, dem Eigenthümer gegenüber aber ist sie vollkommen machtlos. Die dinglichen Rechte dagegen sind absolute Rechte, d. h. in ihrer Sphäre wahre Analoga des Eigenthums selbst und Beschränkungen desselben. Man hat dagegen ausgeführt, nur für die Publiciana sei diese Relativität wirklich bedeutend, nicht aber für die übrigen an die bonae fidei possessio geknüpften Klagen. Vielmehr seien diese ohne Fiction der vollendeten Ersitzung auf den in soweit zu einem Rechte consolidierten Besitz unmittelbar gegründet worden. Daher erlange denn auch der gutgläubige Besitzer mit der Aquilia nur die Aestimation mit Rücksicht auf den Besitz und es finde sonach eine wahre Theilung der Klagen zwischen ihm und dem Eigenthümer statt[16]). — Es ist nun allerdings richtig, daß die Uebertragung der Aq. Klage auf den b. f. possessor nicht durch Vermittelung der Fiction der Usucapionsvollendung geschah, vielmehr hat er nur eine actio in factum (s. N. XIII). Daß diese indes nicht die Verurtheilung auf die volle gesetzliche Aestimation ohne Weiteres ausschließt, zeigen die Fälle der causae prae-

---

[15]) Ziebarth, Realexecution 109.

[16]) Ihering, Abhandlungen 98 ff. vgl. Mommsen, Beiträge 2, 242 ff.

statio. — Es ist ferner richtig, daß sich die Aq. Klage des b. f. possessor unter Umständen gegen den Eigenthümer selbst kehren kann. Doch wird man daraus, wie unten zu zeigen, kein Argument für die Consolidation des Besitzes entnehmen dürfen. — Endlich beruft man sich auf Quellenzeugnisse.

> fr. 21 § 2 qd. met. c. 4, 2: Qui possessionem non sui fundi tradidit, non quanti fundus, sed quanti possessio est, eius quadruplum vel simplum cum fructibus consequetur. aestimatur enim, quod restitui oportet, id est quod abest. abest autem nuda possessio cum suis fructibus.

Ganz ähnlich auch fr. 74 de furt. 47, 2. Hieraus geht nun ganz unzweifelhaft hervor, daß die Römer die Aestimation der b. f. possessio als solcher gekannt und geübt haben. Doch scheint es mir gewagt, daraus im Allgemeinen eine Theilung der Klagen abzuleiten. Vielmehr muß man m. E. die einzelnen möglichen Constellationen aus einander halten und in jedem besonderen Falle das Resultat der Klage bestimmen.

Der b. f. possessor erlangt von einem Dritten, Unberechtigten, der die von ihm besessene Sache widerrechtlich verletzt, principiell die ganze Entschädigung, nicht bloß eine seinem Interesse entsprechende Abfindung[17]). Praktisch ist für den Fall, daß der gutgläubige Besitzer zuerst klagt, ein anderer Ausweg gar nicht denkbar und auszuführen. Er selbst weiß ja nicht, daß ihm kein Eigenthumsrecht an der Sache zusteht, und eine auf den Mangel des Eigenthumes sich stützende Einrede würde eine unzulässige exceptio de iure tertii sein.

---

[17]) Sch. 4 Bas. 60, 3. 17 (5, 280): *κατὰ μὲν γὰρ ἄλλον παντὸς κινεῖ τὸν δίρεκτον* (b. f. possessor), *ὡς τρόπον τινὰ καὶ αὐτὸς δεσπότης ὢν.*

Mit der Sache selbst wird dann dem Besitzer auch was er mit der Klage erlangt seitens des wahren Eigenthümers durch rei vindicatio u. s. w. entzogen.

fr. 55 Juliani de H. P. 5, 3: Evicta hereditate bonae fidei possessor quod lege Aquilia exegisset non simplum, sed duplum restituet: lucrum enim ex eo, quod propter hereditatem acceperit, facere non debet.

Erlangte der Besitzer wirklich nur einen Werth entsprechend seinem Rechte vom Beschädiger, so durfte doch jedesfalls hier nicht von einem lucrum die Rede sein, und es wäre nicht recht abzusehen, was ihm der Erbe überhaupt mit der hereditatis petitio entziehen sollte. Denn seine eigene Klage gegen den Schuldigen wäre ja in keiner Weise beeinträchtigt. Durch unsere Annahme aber gestaltet sich die Sache einfach: die Normen der rei vindicatio und die etwanigen Gegenforderungen mit dem sie unterstützenden Retentionsrechte sind genau bestimmt: die Ansprüche des Eigenthümers hinsichtlich des mit der Aquilia erlangten oder zu erlangenden Ersatzes regulieren sich danach. Denn der Eigenthümer kann auch mit der Vindication die Cession der Aq. Klage verlangen. Dies letztere wird allerdings nur dann nothwendig sein, wenn der possessor während des Processes ersitzt. Denn sonst hat der Eigenthümer die Klage aus eigenem Rechte, fr. 17 § 1 de R. V. 6, 1, und zwar offenbar mit unbeschränkter Wirkung. Dagegen hat man aus fr. 35 § 4 de C. E. 18, 1 den Satz ableiten wollen[18], der b. f. possessor habe nur Ersatz des Werthes seines Besitzes zu fordern, für den übrigen Theil müsse er sich an seinen Auctor halten.

unde videbimus in personam eius, qui alienam rem vendiderit: cum is nullam vindicationem vel

[18]) Ihering a. a. O. 118.

condictionem habere possit (sc. quam exhibeat emptori) ob id ipsum damnandus est, quia si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emptorem transferre.

Die verkaufte aber noch nicht tradierte Sache wird beim Verkäufer gestohlen: der Verkäufer ist vermöge des im Vertrage stipulierten habere licere verpflichtet, dem Käufer zur Verfolgung und Wiedererlangung der Sache eine Klage zu verschaffen: Vindication oder Condiction. Denn der Käufer hat eine solche nicht, weil er noch nicht Eigenthümer der Sache war. Ist der Verkäufer dazu nicht im Stande, indem er eine fremde Sache verkauft hat, so steht dem Käufer frei, mit der Contractsklage Entschädigung von ihm zu fordern. In der That sehe ich hier nirgends eine Spur von einer Klagentheilung. — Auf der anderen Seite, wenn der Eigenthümer den Beschädiger bereits ausgeklagt hat, so steht dem b. f. possessor jedesfalls die exceptio doli entgegen. Denn nun kann er nicht mehr dem Dritten gegenüber als Eigenthümer auftreten, der Beschädiger hat vielmehr schon vollkommen Ersatz geleistet. Der b. f. possessor muß sich nur nach fr. 35 § 4 de C.E. an seinen Auctor halten. Denn zur Klage gegen den Eigenthümer, um sein Interesse zu erlangen, steht ihm kein Rechtsgrund zur Seite. Nur kann er natürlich, wenn er die Sache noch im Besitze hat, wegen etwaniger Verwendungen sein Retentionsrecht geltend machen. Endlich wenn der b. f. possessor das Recht des Eigenthümers anerkennt, so darf man ihm auf Grund von fr. 84 de furt. allerdings die Möglichkeit nicht absprechen, auch für sein Interesse am verloren gegangenen Besitze Entschädigung zu beanspruchen. Wollte man hier eine wahre Theilung der Klage behaupten, so würde das in den meisten Fällen die Folge haben, daß der Besitzer gar nichts erhielte. Denn wirklich als Schade zu erweisen wären etwa nur die auf die Sache gemachten Verwendungen, die ihm mit

Zerstörung derselben verloren gehen. Daher hat wol Mommsen Recht, wenn er, vom delictischen Charakter der Klage ausgehend, eine freie richterliche Schätzung des klägerischen Interesses annimmt[19]).

Beschädigt der Besitzer der Sache dieselbe, so hat der Eigenthümer die Wahl, mit der Vindication zugleich Ersatz seines Schadens, oder direct Entschädigung mit der actio Aq. zu erlangen[20]). Die erstere ist natürlich gegen den bonae wie den malae f. possessor gleichmäßig anwendbar: fraglich dagegen ist es, ob die actio Aq. gegen den gutgläubigen Besitzer überhaupt zulässig ist[21]). Die Klage soll nur gegen den gehen, sagt man, der ein Bewustsein seines Unrechtes bei der Beschädigung hat; das aber würde durch den animus domini ausgeschlossen sein. Die Quellen sprechen ganz allgemein und scheinen kein Gewicht auf die fides des Besitzers zu legen. Mit den sonstigen Grundsätzen über die Culpa stimmt das indessen nicht zusammen. Freilich liegen alle übrige Voraussetzungen der actio Aq. vor: damnum und iniuria sind unzweifelhaft: letztere als ganz objectiv, kann sich nur danach bestimmen, ob thatsächlich, nicht ob in der Idee des Schuldigen eine fremde Sache beschädigt ist. Und auch bezüglich der Culpa ist das Moment der Causalität unleugbar. Dagegen fehlt das Moment der Misachtung fremdes Rechtes. Eine solche Misachtung kann selbstverständlich bei dem nicht vorhanden sein, der ein eigenes Recht auszuüben meint, wie beim Publicanen, der im guten Glauben seines Rechtes das fremde Vieh abpfändet (s. o. IV, 44). Dieses Moment aber ist, wie oben ausgeführt, ein wesentliches Erfordernis für den Begriff

---

19) Mommsen, Beiträge 2, 245.

20) fr. 36 § 2 de H. P. 5, 3. fr. 38 h. t.

21) vgl. über diese Frage: Sintenis, Pfandrecht 599. Stölzel, civ. Archiv 39, 67 n. 65. Ihering 116 (97?).

der Culpa. Diesem Standpunkte ist fr. 36 § 2 de H. P. 5, 3 nicht zuwider.

> Si possessor hereditarium servum occiderit, id quoque in hereditatis petitione veniet. sed Pomponius ait, actorem debere eligere, utrum velit sibi eum condemnari, ut caveat se non acturum lege Aq., an malit integram sibi esse actionem legis Aq. omissa eius rei aestimatione a iudice.

Der Besitzer kann hier eben so wol in bona als in mala fide sein und es war kein Grund vorhanden, hier, wo es sich um das Verhältnis der Erbschaftsklage zur Aquilischen handelt, den Unterschied zwischen der bonae und malae fidei possessio noch besonders hervorzuheben.

> fr. 38 Javoleni h. t. Si eo tempore quo tibi meus servus quem bona fide emisti serviebat, ipse a servo tuo vulneratus est, placuit omni modo me tecum recte lege Aq. experiri

behandelt einen besonderen, wie unten zu zeigen, nach eigenen Regeln zu beurtheilenden Fall. Entweder hat nämlich hier der b. f. possessor Kenntnis vom Vergehen des Sklaven oder nicht. In letzterem Falle haftet er dem Eigenthümer des verwundeten Sklaven mit der Aq. Noxalklage; im ersteren dagegen würde ein selbständiger Verstoß gegen das Aq. Gesetz vorliegen, also der b. fidei possessor wegen seiner eigenen culpa haften. Es wäre nun sehr möglich, daß die Stelle nur jenen ersten Fall im Auge hätte, wie das denn in der That ein Scholiast der Basiliken annimmt[22]). Damit aber verlöre die Stelle alle Beweiskraft. Denn bei der Noxalklage handelt es sich nicht um eine culpa und in dieser um das Bewustsein der Rechtswidrigkeit. Hiegegen spricht indes, daß die Ausdrucksweise mehr auf eine directe Aq. Klage hinzuweisen scheint.

[22]) Schol. 4 Bas. 60, 3. 38 (5, 318).

Das Entscheidende ist vielmehr wol, daß der Besitzer, welcher die Tödtung eines Sklaven durch den anderen duldet, gewis auch dann sein Recht überschreiten würde, wenn er Eigenthümer des getödteten Sklaven wäre.

Ganz ähnlich liegt die Sache, wenn der Eigenthümer seine Sache beschädigt, die sich in der bonae fidei possessio eines Anderen befindet[23]). Die Quellen sprechen auch hier so allgemein:

> fr. 17 Ulp. h. t. Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori .... in factum actione tenebitur,

daß man die Klage auf den ersten Blick für unter allen Umständen zulässig halten sollte. Man hat sie aber mit Recht auf den Fall eingeschränkt, wo der Eigenthümer den Besitz des Anderen kennt, also gewissermaßen in mala fide ist. Man hat zur Begründung dieser Einschränkung sich darauf berufen, daß kein Schade vorliege, da der bonae fidei possessor stets einen Regreß gegen seinen Auctor habe, auf Grund des fr. 35 § 4 de C. E. Denn dieser habe ihn nicht zum Eigenthümer gemacht und mithin nicht die Möglichkeit gewährt die actio Aq. anzustellen[24]). Wenn man nun auch in der citierten Stelle einen so weit reichenden Satz finden will, so dürfte doch zweierlei zu erwägen sein: einmal scheint es mir ein in seinen Consequenzen höchst bedenkliches Dogma, überall da keine Schadenszufügung annehmen zu wollen, wo der Beschädigte noch auf dem Wege des Regresses anderweit Entschädigung erlangen kann. Andererseits ist nicht abzusehen, weshalb dann die Klage nur gegen den bonae fidei proprietarius ausgeschlossen werden soll, nicht auch gegen den, der den Besitz des Anderen kennt. Dieser Gesichtspunkt scheint

---

[23]) vgl. hierüber außer den n. 20 Citierten: Glück, 10, 372 n. 11. Madai, civ. Arch. 26, 219 ff. Mommsen 2, 244 n. 8.

[24]) § 23 de empt. 3, 23. Stölzel a. a. O. Ihering 116.

mir also nicht durchgreifend. Es liegt allerdings eine Beschädigung vor. Sie besteht in der Entziehung des Evictionsanspruches gegen den Verkäufer [25]). Denn wenn es auch richtig ist, daß der Evictionsanspruch keine richterliche Aberkennung der Sache voraussetzt [26]), so muß doch jedesfalls eine durch eine Klage nicht zu redressierende Entziehung derselben stattfinden. Es ist ganz unzulässig, den Regreß auch auf unseren Fall auszudehnen. Denn der Eigenthümer erscheint hier nicht als solcher, sondern als ein zur Zerstörung der Sache kraft eigenes Rechtes Befugter. Er steht also dem im Nothstande u. s. w. Befindlichen vollkommen gleich. Damit aber verschwindet jede Analogie mit der Eviction. Den im fr. 35 § 4 c. ausgesprochenen Satz aber in einer solchen Allgemeinheit zu fassen, wie von Jhering geschieht, dürfte kaum zulässig sein. Man übersieht dabei, daß die ganze Deduction auf der mangelhaften custodia beruht, die der Verkäufer vor erfolgter Tradition der Sache zugewendet. — Ferner hat man behauptet, der im guten Glauben handelnde Eigenthümer sei nicht in culpa, seine Handlung also casus [27]). So ausgedrückt genügt der Satz nicht: denn wenn man unter culpa Zurechnung versteht, so wird man diese hier nicht wegleugnen können. Zutreffender ist es, in diesem Falle die iniuria zu vermissen [28]). Denn der Eigenthümer, welcher seine Sache zerstört, übt nur sein Recht aus, und für dieses Recht ist es bedeutungslos, ob der Besitz an der Sache einem Anderen zusteht. Dieser beschränkt ihn in seinen Befugnissen nicht, sondern gibt nur Rechte Dritten gegenüber. Dagegen liegt offenbar darin, daß

---

[25]) Sch. 3 Bas. 60, 3. 17 (5, 280): *ἐπὶ τῷ διαφέροντι, τυχὸν διὰ τοὺς προσπορισμοὺς καὶ ὅ τι, εἰ μὴ ἐφονεύθη, ἀλλ' ἐξενικήθη, ἤμελλεν ἔχειν κατὰ τοῦ πράτου.* Suarez 3, 5 § 21 p. 156. Glück, Madai a. a. O.

[26]) Bekker, Jahrb. d. g. R. 6, 288 f. Windscheid, Pand. 2, 2. 89.

[27]) Stölzel a. a. O. 67 n. 65.

[28]) Löhr, Mag. f. GG. u. RW. 4, 521 f.

der Eigenthümer eine Sache beschädigt, von der er weiß, daß sie sich in b. f. possessio eines Anderen befindet, ein doloser Misbrauch seines Rechtes zu Ungunsten des Letzteren. Auf diesen, eine wahre iniuria, und auf diesen allein läßt sich die Aq. Klage des gutgläubigen Besitzers basieren. Daher würde m. E. in dem von Madai erzählten Falle: ein Herr schießt seinen Jagdhund todt, der ihm entlaufen und von dem Bauern, dem er zugelaufen, an einem Dritten verkauft war, eine Aq. Klage nicht zulässig sein. — Die Aestimation des dem b. f. possessor zugefügten Schadens wird allerdings ihre Schwierigkeiten haben. Diese sind aber rein thatsächlicher Natur, und dieselben, welche auch der Berechnung des Evictionsinteresses entgegen stehen und ganz nach Analogie dieser zu erledigen[29]).

XVII.

Anders muß sich die Sache gestalten, wo ein dingliches Recht mit dem Eigenthume concurriert. Eine Theilung der Klagen ist hier denkbar und principiell zulässig, sowol wenn Eigenthümer und dinglich Berechtigter Dritten gegenüber zusammentreffen, als wenn sie gegen einander stehen. Außerdem ist hier ja das Rechtsverhältnis zwischen den Concurrenten beiderseits bekannt und anerkannt.

1. Dem Usufructuare und Usuare wurde die actio legis Aq. als utilis ad exemplum gegeben[1]). Darüber ist bei Paulus und Ulpian wenigstens kein Zweifel mehr. Daß Julian dem Nießbraucher die Klage ganz abgesprochen haben soll[2]), ist mir doch sehr bedenklich. Ulpian fr. 11 § 10 h. t. berichtet:

---

[29]) Bekker a. a. O. 307 ff.

[1]) fr. 17 § 3 de usufr. 7, 1. fr. 7 § 4 de d. m. 4, 3. fr. 13 pr. qd. vi 43, 24. fr. 12 h. t.

[2]) Dernburg, Pfandrecht 2, 402.

An fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Julianus tractat: et ego puto melius utile iudicium ex hac causa dandum.

Damit will er aber nur sagen, Julian habe die Frage behandelt, ob man dem Usufructuar die directe Klage zusprechen dürfe, und habe dabei allerdings Anstände gefunden; ihm die utilis zu geben habe indes kein Bedenken. In der That besteht ja das Wesen des Nießbrauchs, wie schon oben hervorgehoben, darin, daß dem Berechtigten die Vortheile des Eigenthumes zugewandt werden sollen [3]), daher muste er Dritten gegenüber auch als Eigenthümer auftreten. Es konnte also wol die Frage aufgeworfen werden, ob ihm nicht die directa Dritten gegenüber zu gewähren sei. Man entschied sich aber für die utilis. Daß es durchaus unrichtig sein würde, aus dieser Bezeichnung der Klage einen Schluß auf die Art der Condemnation zu ziehen, ist schon oben erörtert. Einen weiteren Anhalt zur Bestimmung derselben ergeben aber die Quellen nicht. Man hat einen solchen, wenigstens für die Klage des Usufructuars gegen den Eigenthümer in fr. 12 h. t. finden wollen [4]). Allein abgesehen davon, daß diese nicht für das Resultat der Klage gegen einen Dritten maßgebend sein kann, so darf jene Stelle auch an sich nicht entscheiden.

Sed et si proprietatis dominus vulneraverit servum vel occiderit, in quo ususfructus meus est, danda est mihi ad exemplum legis Aquiliae actio in eum pro portione ususfructus, ut etiam ea pars anni in aestimationem veniat, qua nondum ususfructus meus fuit.

Die Worte pro portione ususfructus sollen bedeuten: nach

---

[3]) Sch. 32 Bas. 60, 3. 1 (5, 275): *καὶ διὰ τοῦτο ὥσπερ δεσπότης εἶναι δοκεῖ τῆς χρήσεως.*

[4]) Pothier, Pand. Just. 9, 2. XL. n. g. (1, 287 Lugd. Bat. 1782). Glück 10, 372 n. 12.

dem Minderwerthe, den der Sklave in Folge des Nießbrauches für den Eigenthümer hat. Diese Erklärung gestatten die Worte indessen nicht. Sie sind vielmehr zu übersetzen: so viel als auf seinen Theil fällt. Wenn in einigen Digestenstellen die Worte nach Verhältnisse zu bedeuten scheinen, so ist dies doch immer mit Rücksicht auf eine Theilung gesagt und daher zu erklären [5]). Schon die Basilikenscholien beziehen demzufolge die Stelle auf eine Theilung des Nießbrauches unter Mehrere [6]).

2. Mit dem Nießbrauche wird von den römischen Juristen sehr häufig das Pfandrecht zusammengestellt und es werden Schlüsse von dem einen auf das andere gezogen [7]). Das Pfandrecht ist auch wirklich ein dingliches Recht, von geringerem Umfange zwar, aber von gleicher Intensität wie der ususfructus. Es ist daher a priori wahrscheinlich, daß für den letzteren ein gleiches Verhältnis in Beziehung auf die Aquilische Klage anzunehmen ist wie bei jenem. Auskunft über die Stellung des Pfandgläubigers, wenn die Pfandsache durch einen Dritten beschädigt ist, sowol zu diesem als zum Pfandschuldner (Eigenthümer) gibt fr. 30 § 1 h. t. [8]).

> Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse eius, quod debitor solvendo non sit aut quod litem tempore amisit, quaeritur.

---

[5]) fr. 15 § 18 Ulp. de damn. inf. 39, 2: cum unus mittitur, non pro portione damni mittitur. fr. 30 § 1 Alfenus loc. 19, 2: ut pro portione temporis quo lavationem non praestitisset pecuniae contributio fieret. — fr. 7 § 12 sol. matr. 24, 3: pro portione anni (arboris caesae) debent restitui. fr. 28 § 2 extr. loc. 19, 2.

[6]) Schol. Bas. 60. 3. 12 (5, 276).

[7]) Dernburg, Pfandrecht 1, 129 ff.

[8]) Ueber diese Frage vgl. Sintenis, Pfandr. 593 ff. Stölzel, civ. Arch. 39, 50 ff. Schmid, Grundlehren der Cession 1, 171 ff. Dernburg, Pfandrecht 2, 402 ff.

nisi siquis putaverit nullam in ea re debitorem iniuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem et quod sit amplius consecuturus sit ab eo, vel ab initio in id, quod amplius sit quam in debito, debitori dandam actionem: et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori, ipsi autem debitori in id quod debitum excedit competit Aquiliae actio.

Zum Verständnisse dieser vielbehandelten Stelle kömmt es wesentlich darauf an, welche Bedeutung man dem mit nisi si eingeleiteten Satze beilegt. Einerseits (Schmid) faßt man denselben als Motivierung der Entscheidung und will darin eine Hinweisung auf den doppelten Standpunkt finden, von dem aus der Pfandgläubiger klagen könne: als Vertreter des Eigenthümers oder aus eigenem Rechte; andererseits (Stölzel) sieht man in dem Satze nichts, als ein unzutreffendes und von Paulus schon durch die Wortfassung kurz abgewiesenes Raisonnement. Dies letztere ist jedesfalls unbegründet. Die Wortfassung kann nicht entscheiden. fr. 7 § 1 comm. 13, 6 leitet Ulpian eine Argumentation sogar mit nisi forte ein, was sonst gewöhnlich zur ironischen Abweisung einer gänzlich unhaltbaren Behauptung dient, und schließt doch mit den Worten: quod videtur habere rationem. Nach der ersten Auffassung würde der creditor berechtigt sein den ganzen Werth der zerstörten Sache vom Schädiger einzuklagen und dann natürlich die Hyperocha über seine Forderung an den Eigenthümer herauszuzahlen, oder, nur auf sein Pfandrecht gestützt, lediglich sein Interesse einzufordern, während der Eigenthümer neben ihm den Rest erlangt. Der erste Theil dieser Meinung hängt mit Schmids neuer Theorie von der formula hypothecaria zusammen, vermöge deren der

Pfandgläubiger das Recht seines Schuldners mit in iudicium deduciert und also zur Grundlage seines eigenen Anspruches macht [9]). Ob diese Lehre im Allgemeinen begründet, ist hier nicht näher zu untersuchen. Den Worten nach ist sowol Stölzels wie Schmids Auslegung zulässig. Doch kann ich mich keiner von beiden ganz anschließen. Nach meiner Meinung ist vielmehr der Gedankengang des Paulus folgender. Es steht unbestritten fest, daß dem Pfandschuldner als Eigenthümer die Aq. Klage zukömmt. Die ganze Erörterung dreht sich also um die Frage, ob sie auch dem Gläubiger zu gewähren sei, der ja ebenfalls ein Interesse an der Zerstörung der Sache haben kann [10]). Denn falls er kein Interesse hat, der Schuldner solvent bleibt und er folglich mit seiner Forderungsklage jederzeit durchzudringen vermag, so fehlt zum Thatbestande des Gesetzes das damnum und die Klage ist unbegründet. Hier erhebt sich indes ein Bedenken: gäbe man

---

[9]) Auch Mommsen, Erörterungen 1, 88 ist der Meinung, der Pfandgläubiger klage nur als Vertreter des Schuldner-Eigenthümers. Es scheint mir indes nur die Alternative möglich, welche Schmid auch in dieser Weise durchführt: entweder der Gläubiger klagt als Vertreter, dann erlangt er das ganze Interesse des Schuldners, oder er klagt aus eigenem Rechte, dann erlangt er nur sein eigenes Interesse. Auch in den Stellen, welche dem Pfandgläubiger die a. furti oder condictio furtiva zusprechen [fr. 12 § 2 de cond. furt. 13, 1. fr. 14 § 5 sq. de furt. 47, 2. § 16 de obl. ex del. 4, 1] vermag ich indes keinen Anhalt zu finden für jenen Gesichtspunkt der Vertretung: fr. 12 § 2 de cond. furt. 13, 1 wird die Klage beiden gegeben, weil beide ein Interesse haben; fr. 14 § 5 de furt. 47, 2 wird weitläufig erörtert, wann der Gläubiger ein Interesse zur Sache habe und dann § 7 ausdrücklich ihm die Klage nur auf Höhe dieses Interesses gegeben; fr. 12 § 2 eod. ertheilt Neratius dem Gläubiger eine condictio incerti zum deutlichen Beweise, daß er aus eigenem Rechte klagt. § 16 de obl. q. ex del. endlich scheint mir ganz abwegig.

[10]) Stölzel S. 52 meint dagegen, Paulus beantworte die Frage: sollen die Klagen des Gläubigers und Schuldners sich gegenseitig ausschließen, oder neben einander hergehen? Das ist offenbar mit den Worten unvereinbar und scheint mir auch der ganzen Deduction zu widersprechen.

dem Gläubiger die Klage, so hafte der Beschädiger doppelt: dasselbe Bedenken, was Ulpian fr. 1 § 1 de serv. corr. 11, 3 bestimmte, dem b. f. possessor die actio servi corrupti zu versagen. Dabei ist natürlich vorausgesetzt, daß der debitor als Eigenthümer unbeschränkt den vollen Werth der Sache einklagt. Denn nur so ist wirklich eine doppelte Haftung vorhanden. Gegen diese Unzuträglichkeit könnte man glauben in doppelter Weise geschützt zu sein: einmal, weil ja die Forderung des Gläubigers durch den vom Beschädiger erlangten Ersatz getilgt oder doch gemindert wird, und weil natürlich der Schuldner als Eigenthümer nicht gehindert werden kann, einen etwanigen über die Forderung hinausreichenden Rückstand seinerseits vom Schuldigen noch einzuziehen [11]); sodann, indem man dem Schuldner-Eigenthümer die Klage überhaupt nur auf Höhe der Hyperocha zubilligt. Diese Gründe werden nun keineswegs verworfen, sondern Paulus stützt darauf seine Entscheidung. Hienach also, sagt er, kann der creditor, falls er überhaupt ein Interesse zur Sache hat, auf Höhe seiner Forderung gegen den Beschädiger klagen: so aber (und damit kömmt das erste Hilfsmittel zur Anwendung), daß der erlangte Betrag auf seine Forderung abgerechnet wird; dem Schuldner dagegen (und dies ist das zweite Mittel) ist die Klage nur auf Höhe des Ueberschusses zuzugestehen. Sonach

[11]) Es ist m. E. geradezu ein Irrthum Schmids, wenn er die Worte ab eo auf den creditor bezieht, welcher vom Schädiger schon den vollen Werth eingezogen haben soll, während sie nur auf den Schädiger selbst gehen können. Liest man die Sätze im Zusammenhange, so scheint mir dies außer allem Zweifel zu sein. Es wird denn auch durch die Basilikenübersetzung bestätigt 60. 3. 30 (5, 502): *τότε γὰρ μέχρι τοῦ χρέους ὁ δανειστὴς ἔχει τὸν Ἀκουΐλιον, καὶ ἐπὶ τῷ περιττῷ ὁ χρεώστης.* cf. Schol. 3. Uebrigens theilt Stölzel 52 diesen Irrthum. fr. 27 § 2 de pign. act. 13, 7, was er zur Begründung anführt, paßt m. E. gar nicht hieher, da es vom Pfandverkaufe handelt. Die Betrachtung, wodurch St. das Unzutreffende jenes Grundes darthun will, erledigt sich damit ebenfalls.

will Paulus eine wahre Theilung der Klage zwischen Schuldner und Gläubiger nach Maßgabe ihres Interesses. Diesen neuen Rechtssatz, der namentlich dem Eigenthumsrechte und damit dem Wortlaute des Aq. Gesetzes zuwiderlief, muste Paulus allerdings näher motivieren.

Daß sich die Aq. Klage des Pfandgläubigers auch gegen den Schuldner selbst kehren kann, folgt aus dem absoluten Charakter des Pfandrechtes, fr. 17 h. t. Freilich wird man aber auch hier die übrigen Voraussetzungen der lex Aq., also iniuria und damnum des Pfandgläubigers, ein Interesse desselben zur Sache erfordern müssen. Daher die Erwägungen des Marcellus in fr. 27 de pign. 20, 1.

> Servum, quem quis pignori dederat, ex levissima offensa vinxit, mox solvit, et quia debito non satis faciebat, creditor minoris servum vendidit. an aliqua actio creditori in debitorem constituenda sit . . .? quid si eum interfecisset aut eluscasset? ubi quidem interfecisset, ad exhibendum tenetur: ubi autem eluscasset, quasi damni iniuriae dabimus actionem ad quantum interest, quod debilitando aut vinciendo persecutionem pignoris exinanierit. fingamus nullam crediti nomine actionem esse, quia forte causa ceciderat: non existimo indignam rem animadversione et auxilio praetoris. Ulpianus notat: si, ut creditori noceret, vinxit, tenebitur, si merentem, non tenebitur.

Der Eigenthümer, welcher seinen im Pfandnexus stehenden Sklaven verstümmelt, handelt, wenn er das Pfandrecht kennt, entschieden iniuria. Dagegen ist er in seinem Rechte, wenn er denselben wegen eines Vergehens fesselte und haftet nicht, obwol dem Gläubiger daraus Schade erwächst. Denn sein Züchtigungsrecht bleibt ihm trotz der Verpfändung unverkürzt,

ebenso wie trotz dem Usufructus [12]). Auf der andern Seite erleidet der Pfandgläubiger keinen Nachtheil, der seine Klage wirksam gegen den Schuldner gebrauchen und seine ganze Forderung von ihm beitreiben kann. Ist eins von beiden nicht der Fall, hat er keine Forderungsklage mehr, etwa wegen Proceßverjährung oder Proceßfehlers [13]), oder ist der Schuldner insolvent, so ist dies ein Grund für den Prätor, eine ut. Aq. zu geben. Diese beiden Gründe stehen aber durchaus nicht auf derselben Linie, wie dies auch aus dem ganzen Tenor des Fragmentes hervorgeht. Die Insolvenz des Schuldners constituiert erst das Requisit des damnum zum Thatbestande der lex Aq.; sie erklärt die Nothwendigkeit derselben. Dadurch erhält die Aquilia keinen subsidiären Charakter; aber es ist natürlich, daß der Prätor so lange keine neue formula utilis bildete, als mit einer schon vorhandenen Klage durchzudringen war. Dagegen scheint hier allerdings das Princip der Culpacompensation verletzt. Denn ein Proceßfehler, z. B. eine Pluspetition, involviert stets eine Unachtsamkeit des Klägers. Vielleicht deshalb drückt sich Marcell überaus vorsichtig aus. Allein genau erwogen folgt gerade aus der nicht subsidiären Natur der actio Aq., daß über diesen Anstoß hinweggesehen werden muß. Alle Voraussetzungen der Klage sind vorhanden: da kann es den Beschädigten an Anstellung derselben nicht hindern, wenn er durch eigene Schuld einer anderen, allerdings näher liegenden Klage verlustig gegangen ist.

---

[12]) fr. 17 § 1 de usufr. 7, 1. vgl. Zimmern, Röm. R. G. 1, 762.

[13]) Ueber das causa cadere namentl. Keller, Litiscontestation 502 f.

[14]) Auf ganz anderem Wege will Schmid, Cession 1, 175 (vgl. Unterholzner 2, 699) die Klage des b. f. possessor gegen den Eigenthümer aus dem Retentionsrechte desselben ableiten, was hier wie in anderen Fällen dem Pfandrechte analog behandelt werde. Wie der Besitzer dem Vindicanten gegenüber die Sache zurückhalten dürfe bis zum Ersatze seiner Impensen, so könne er auch, wenn sie zerstört sei, gegen diesen klagen. Allein einmal darf man nach richtiger Auffassung an eine Analogie zwischen Pfand-

XVIII.

Es ist heutzutage die durchaus herschende Meinung, die Klage sei lediglich auf die Realberechtigten beschränkt; wer sonst ein Interesse bei Zerstörung der Sache habe, dem stehe keinesfalls die Aquilia zu [1]). Früher war man vielfach anderer Ansicht [2]). Und m. E. darf man diese nicht ohne Weiteres abweisen, wie gewöhnlich geschieht.

Das erste Argument für eine Ausdehnung der Klage über die Realberechtigten hinaus findet man in

> fr. 43 h. t. dominum lex Aq. appellat non utique eum, qui tunc fuerit, cum damnum daretur: nam isto modo ne ab eo quidem, cui heres quis erit, transire ad eum actio poterit: neque ob id, quod tum commissum fuerit, cum in hostium potestate esses, agere postliminio reversus poteris.

Hier wird zweifellos die actio Aq. solchen gegeben, welche zur Zeit der Verletzung nicht Eigenthümer waren und nicht einmal ein dingliches Recht an der Sache hatten: dem Erben, dem postliminio reversus, denen sich nach fr. 34 h. t. der legatarius coniunctus anschließt. Das Gemeinschaftliche dieser Fälle liegt darin [3]), daß man bei ihnen im Grunde nicht sagen kann, die Berechtigten leiteten ihre Klage aus einem

---

und Retentionsrechte nicht denken; es wird ja dem Retentionsberechtigten gerade jede selbständige Klage gegen den Vindicanten positiv abgesprochen (vgl. Groskopff, z. Lehre vom Retentionsrechte 18 ff. nam. 75 ff.) Und ferner würde Schmids Theorie dahin führen, auch dem malae fidei possessor die Klage zu verleihen. Denn auch er hat bekanntlich wegen seiner impensae necessariae die Retention; c. 5 de r. vind. 3, 32.

[1]) Hasse, Culpa 244 n. Löhr, Theorie 83. n. 2. Mag. f. GG. u. RW. 4, 521 f. Vangerow 3 § 687.

[2]) Höpfner, Commentar § 1052. Glück 10, 374. Schöman, Schadensersatz 1, 53 ff. Thibaut, Pand. 2 § 964 und bei Braun, Erörterungen 2, 821.

[3]) vgl. Hase, Postliminium 110 f.

fremden Rechte her. Sie üben vielmehr ihr eigenes eine Zeit lang ruhendes oder latentes Recht aus. Beim postliminio reversus ist das ganz klar: der Erbe wird als Fortsetzer der ökonomischen Persönlichkeit des Erblassers betrachtet, bei den legatariis coniunctis wird angenommen, daß erst durch die Berufung der Mehreren das Vermächtnis getheilt, daß es ursprünglich einig und ungetheilt sei; mithin muß die Anwachsung nicht als neuer Erwerb, sondern als Wegfall einer Beschränkung angesehen werden[4]), und es ist daher auch durchaus consequent, von einem retro accrescere des Eigenthumes zu sprechen. Mit diesen Fällen hat die Entscheidung eine innere Verwandtschaft, wonach der colonus, wenn Unkraut auf seinen erpachteten Acker gesäet und damit das geerntete Getreide verdorben ist, eine actio in factum haben soll[5]). Allerdings hat der Pächter kein dingliches Recht an den Früchten, bevor sie percipiert sind, § 36 de rer. div. 2, 1. Nach geschehener Perception erwirbt er aber sofort Eigenthum nicht durch die darauf gerichtete Vermittelung eines Anderen, sondern kraft seines eigenen persönlichen Rechtes. Daß nicht jedes persönliche Rechtsverhältnis, durch welches wie bei Pacht und Miethe eine Sache in die Hand des Nichteigenthümers gelangt, im Sinne der Römer zur Klage berechtigt, geht daraus hervor, daß dem Commodatare die Klage abgesprochen wird, fr. 11 § 9 h. t. Dagegen ist die Klage auf solche persönliche Berechtigungen jedesfalls ausgedehnt, welche ohne Vermittelung eines Dritten zu dinglichen Rechten an der

[4]) vgl. Puchta, Pand. § 542.

[5]) fr. 27 § 14 h. t. Celsus quaerit, si lolium aut avenam in segetem alienam inieceris, quo eam tu inquinares, non solum quod vi aut clam dominum posse agere vel, si locatus fundus sit, colonum, sed et in factum agendum: et si colonus eam exercuit etc. Diese letzten Worte nach Hasses Vorschlage auf das interdictum quod vi zu beziehen, ist eine grammatische Unmöglichkeit. Das eam geht vielmehr auf das in agere steckende Femininum actio.

Sache führen. Es fragt sich nun, ob die Römer noch weiter giengen.

Dabei handelt es sich zuvörderst um eine Reihe von Fällen, wo über die vernichtete Sache eine Obligation eingegangen ist, sei es eine Stipulation auf Leistung derselben, oder ein Kaufvertrag. Beide Obligationen sind in sofern gleich, als dem einen Contrahenten das Eigenthum der Sache, dem andern ein persönlicher Anspruch auf Uebertragung des Eigenthumes zusteht. Die Quellen gehen bei der Entscheidung dieser Fälle stets von dem Grundsatze aus, daß die Aquilia dem Eigenthümer, nicht dem obligatorisch Berechtigten gebüre. — Wenn eine versprochene Sache beschädigt wird, so hat der Stipulant (Promissar) die actio doli gegen den Schuldigen; dem Promittenten, dem sie als Eigenthum zukäme, wird, um die doppelte Haftung des Beschädigers zu vermeiden, die Aquilia versagt [6]). Wie aber, wenn der Dritte die Sache nur culposer Weise beschädigt hat, also der Stipulant nicht wegen dolus gegen ihn klagen kann? Offenbar ist dann kein anderer Weg, als daß der Promittent die Aq. Klage erhebt; seine Verpflichtung gegen den Promissar richtet sich dann nach den Grundsätzen über nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung; oder der Promissar erhält die actio Aq. des Promittenten cediert [7]). Wenn der Stipulant selber die Sache beschädigt, so

[6]) fr. 18 § 5 de dol. m. 4, 3. Si servum, quem tu mihi promiseras, alius occiderit, d e d o l o m a l o a c t i o n e m (arbitrium?) in e u m d a n d a m plerique recte putant, quia tu a me liberatus sis: ideoque legis Aq. actio tibi denegabitur. fr. 19. si fideiussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere . . . responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur. — Zu den hervorgehobenen Worten ist offenbar mihi (dem Stipulanten) zu ergänzen. Bas. 10. 3. 18 (1, 501): ἔχω κατ' αὐτοῦ (τοῦ βλάψαντος) τὴν περὶ δόλου.

[7]) fr. 13 § 12 de A. E. V. 19, 1. § 3 de E. V. 3, 23. Zimmerns Einwand (Noxalklagen 12), die actio ex stipulatu als obl. stricti iuris sei für jede nicht vorher bedungene Cession unzugänglich, scheint auf

kann der Promittent gegen ihn, wie gegen jeden Dritten, mit der actio Aq. vorgehen. Ist er aber seinerseits in mora, so hat er die Aq. Klage nicht. Denn hätte er rechtzeitig erfüllt, so würde sich die Sache schon im Eigenthume des Promissars befinden, diesen also, nicht den Promittenten, der Schade treffen [8]). Anders dagegen, wenn der Stipulant in mora ist.

die Aeußerung von Suarez (1, 5. 4 § 52 p. 70) zurückzuführen, wonach nur das bei den obl. stricti iuris zulässig sein soll, quod singillatim in stipulationem deductum est. Die Cession berührt diese Regel nicht.

[8]) fr. 54 Papiniani h. t. Legis Aq. debitori competit actio cum reus stipulandi ante moram promissum animal vulneravit: idem est et si occiderit animal. quod si post moram debitoris qui stipulatus fuerat occidit, debitor quidem liberatur, lege autem Aq. hoc casu non recte experietur: nam creditor ipsi sibi potius quam alii iniuriam fecisse videtur. — Man hat die im Texte versuchte Vereinigung von fr. 18 c. und fr. 84 h. t. angefochten und es für eine ratio perquam inepta erklärt, darauf Gewicht zu legen, ob der Stipulator oder ein Dritter die Sache verletzt habe. Vielmehr müsse man die erste Stelle von einer promissio pura, die letztere von einer promissio in diem verstehen: so Hagiotheodorita Bas. 60. 3. 54 (5, 221). Suarez 1, 5 § 4 § 45 p. 69 ff. Zimmern, Noxalklagen 10 n. 12. So nur sei der von Paulus angeführte Grund zu verstehen: quia tu a me liberatus sis. Unterholzner 2, 700. IV. Denn da bei einer stipulatio pura der Gegenstand sofort geschuldet werde, so habe der debitor kein Interesse an der Beschädigung der Sache: quia in stipulatione pura vix credi potest ullam esse medii temporis utilitatem. — Nirgends ist das hier vorausgesetzte Merkmal der Unterscheidung in den Stellen auch nur angedeutet. Allein die Differenz selbst zugegeben, so ist damit eine grundsätzliche Ausschließung des Debitors noch keineswegs gerechtfertigt. Es ist doch möglich, daß er ein Interesse hat. Und was soll werden, wenn sich eine actio doli gegen den Beschädiger nicht substantiieren läßt? Dann ist der Stipulant ganz hilflos. Ferner: wenn der debitor bei der stipulatio pura in mora ist, und nun die Sache zerstört wird, so hat er jedesfalls ein Interesse und erleidet ein damnum, denn er haftet dem Stipulanten wegen Unterganges der Sache. Deshalb gewährt ihm auch Zimmern in diesem Falle die actio Aq. Ist dies bei einer betagten Stipulation anders? Und doch soll der debitor in diesem Falle nach fr. 54 c. keine Aq. Klage gegen den creditor haben, der die geschuldete Sache zerstört. Der Grund dafür kann also nicht wol in der Betagung der Stipulation liegen. Die ganze Schwierigkeit beruht auf einer m. E. durchaus irrthümlichen Construction des fr. 18 c. Das ideoque

Hat nämlich in diesem Falle der Promittent von seinem Rechte Gebrauch gemacht und den versprochenen Gegenstand preisgegeben, so liegt die Schwierigkeit, wem die Klage gegeben werden solle, hier offen zu Tage. Den Verkäufer kann man nicht wol mehr als Eigenthümer ansehen: denn durch Preisgabe der Sache hat er juristisch genommen dieselbe derelinquiert; der Käufer aber wird durch die Dereliction seitens des Verkäufers nicht etwa Eigenthümer. Trotz dem entscheidet Julian fr. 13 de peric. et comm. 18, 6, daß der Käufer die Klage gegen den Beschädiger anstellen dürfe. Paulus motiviert dies fr. 12 eod. mit den Worten: emptoris periculum esse placet, also weil der Käufer die Gefahr des Zufalles trägt, so soll er als Gegengewicht auch die Aq. Klage haben. Das Eigenthum kömmt nicht in Frage. Es ist daher nicht recht erklärlich, wie Hasse gerade auf diese Stelle als Beweis der Einschränkung der Klage auf die Realberechtigten so großes Gewicht legen kann. Man könnte die Ertheilung der Klage auch daraus erklären, daß der Käufer vermöge seines persönlichen Rechtes vorzugsweise in der Lage war, die derelinquierten Sachen zu occupieren und Eigenthum an denselben

---

bezieht sich auf den ganzen vorhergehenden Satz: darum wird dem debitor die a. Aq. verweigert, weil dem creditor die a. doli zusteht, d. h. um die Cumulation der Klagen zu vermeiden. Der dolus aber, wegen dessen die a. doli dem creditor gegen den Dritten zusteht, ist: quia debitor ab eo (dem Gläubiger) liberatus est; sie geht daher auf das Interesse, was er an Leistung der Sache hatte. Die Gegner betrachten das quia liberatus est als Begründung der Denegation der Aq. Klage. Die Bas. 10, 3. 18 (1, 501) übersetzen jedesfalls unrichtig: *εἰ τὸν δοῦλον ὃν ὡμολόγησας διδόναι μοι ἄλλος ἀνεῖλεν ἔχω κατ' αὐτοῦ τὴν περὶ δόλου· καὶ ἀρνεῖται σοι ὁ 'Ακ. καὶ ἠλευθερώθης μου.* Im fr. 19 erläutert Papinian nur, warum der creditor keine andere Klage als die a. doli hat; auf die Aquilia des debitor läßt er sich gar nicht ein: ob dieser ein Interesse zur Sache hat oder nicht, ist ihm gleichgiltig. Durch seine Motivierung wird lediglich der Ausschluß anderer Klagen, namentlich der actio ex stipulatu erklärt. Denn wenn die Hauptobligation durch Unmöglichkeit der Leistung hinfällig wird, so erlischt damit auch die accessorische.

zu erwerben. Damit würde die Entscheidung sich den oben besprochenen Fällen ganz consequent anschließen. Jedesfalls scheint mir unzweifelhaft, daß die Realberechtigung als Grundlage der Klage hier nicht streng festgehalten ist[9]).

Eine zweite Gruppe von Entscheidungen, die seltsamer Weise in diesem Sinne noch nicht beachtet ist, bekundet, wenn nicht eine subjective Ausdehnung des Klagerechtes, doch jedesfalls große Gleichgiltigkeit gegen dessen dingliches Fundament. — Bei der Zerstörung von Urkunden: Testamenten, Schuldverschreibungen, Quittungen tritt die Frage nach dem Eigenthume am Papiere überall in den Hintergrund: nicht wer Eigenthümer sei wird zuerst untersucht, sondern wem Schade aus der Vernichtung des Papieres erwachse. Und doch wurde man auf das erste dadurch hingewiesen, daß nach der Meinung Einiger, die Paulus fr. 31 de furt. mittheilt, nur der Papierwerth oder die Anfertigungskosten eingeklagt werden sollten. So wird denn im Allgemeinen die Klage wegen Zerstörung einer Schuldverschreibung dem Gläubiger, einer Quittung dem Schuldner gegeben[10]). Bemerkenswerth ist aber namentlich die Deduction in fr. 41 pr. h. t.

> Siquis testamentum deleverit, an damni iniuria actio competat, videamus. et Marcellus . . . dubitans negat competere. quemadmodum enim, inquit, aestimatio inibitur? ego apud eum notavi in testatore quidem hoc esse verum: ... verum tamen in herede vel legatariis diversum, quibus testamenta paene chirographa sunt. ibidem Marcellus scribit chirographo deleto competere legis Aq. actionem.

---

[9]) vgl. auch Sintenis 2, 763 n. 16.

[10]) fr. 40 h. t. fr. 27 § 3. fr. 28 sqq. de furt. 47, 2. fr. 10 § 3 de ed. 2, 13.

Der Erblasser hat doch präsumptiv Eigenthum an seinem Testamente; jedesfalls haben die Erben oder gar die Legatarien aus ihrer eigenen Person[11]) irgend ein dingliches Recht an dem Schriftstücke selber nicht. Dennoch gibt ihnen Ulpian die Aquilia. Der Grund, den er dafür beibringt, ist durchaus im Sinne der übrigen, eben erwähnten Entscheidungen. Betrachtet man das Testament als eine Art Schenkungsurkunde für den Erben, so muß diesem die Klage nach Analogie des Gläubigers zustehen. Es zeigt sich in diesen Entscheidungen eine einseitige Betonung des Interesses in erster Linie, welches ursprünglich erst in zweiter Linie in Betracht kam. Doch ist dieser Standpunkt entschieden kein principieller. Das bekundet Ulpian namentlich fr. 35 de d. m. 4, 3, wo er die dingliche Grundlage der actio hervorhebt.

> Siquis tabulas testamenti apud se depositas post mortem testatoris delevit..., heres scriptus habebit adversus eum actionem de dolo. sed et his, quibus legata data sunt, danda erit de dolo actio.

Der Fall ist offenbar so zu denken, daß der eingesetzte Erbe in Folge Zerstörung des Testamentes nicht antreten kann (darauf deutet scriptus heres), also auch das Eigenthum am Testamente wie an den übrigen res hereditariae nicht erwarb. Darum hat er nur die actio doli, d. h. keine andere Klage. Die Entscheidung ist deshalb ganz erklärlich, weil hier ja der Intestaterbe auch das Eigenthum der verderbten Urkunde erlangt. So weit giengen die Römer nirgends, sich geradezu in Gegensatz zum ursprünglichen Standpunkte zu setzen[12]).

---

[11]) Sch. 2 Bas. 60. 3. 41 (5, 312): *οὐχ ὡς κληρονόμῳ, ἀλλ' οἰκείῳ ὀνόματι.*

[12]) Zimmern, Noxalkl. 13 f. will zwischen fr. 35 c. und fr. 42 Juliani h. t. einen Widerspruch finden. Julian sagt gar nicht, wem die Klage zustehe, Ulpian gibt die a. doli, deutet also damit an, daß keine andere Klage zulässig sei. Zimmern will nun fr. 42 auf einen Fall des Erbesantrittes

Vielmehr sind es nur einzelne Fälle, wo sie ihn verlassen zu können glaubten [13]).

Doch hat wol das nachjustinianische Recht angefangen, sich mehr auf diesen von den classischen Juristen nur ausnahmsweise eingenommenen Standpunkt zu stellen. Der Commodatar hat wegen Beschädigung der geliehenen Sache keine Klage: fr. 11 § 9 h. t. Denn ihm fehlt jedes dingliche Recht. Anders dagegen legt der Scholiast zu den Basiliken (60. 3, 11; 5, 275) sich diese Entscheidung zurecht, da ihm der Unterschied zwischen der a. de pauperie, welche jedem Interessenten, auch dem Commodatare gegeben wird, fr. 2 pr. si quadr. 9, 1, und der Aquilia nicht einwill. Er meint, weil der Commodatar nicht wegen eines durch Dritte angerichteten Schadens dem Eigenthümer hafte, fr. 41 Loc. 19, 2, so habe er auch kein Interesse die Klage anzustellen [14]). Auf die Frage, ob der Commodatar die Klage habe, wenn er die custodia ausdrücklich übernommen, wird keine Antwort ertheilt.

XIX.

Hinsichtlich des Beklagten ist überall der Grundsatz maßgebend, daß nur der ex lege Aq. haftet, dem ein Verschulden, culpa, nachgewiesen werden kann. Daher wird im einzelnen Falle mehrfach die Frage aufgeworfen, wen hier die culpa treffe, wer also zu belangen sei [1]). Der Satz ist an sich äußerst einfach und eigentlich selbstverständlich. Da er indes

---

trotz der Beschädigung der Urkunde beziehen. Dazu ist kein Grund. Warum soll die Urkunde nicht wie in fr. 40 bei Lebzeiten des Erblassers beschädigt sein?

[13]) fr. 2 de sep. viol. 47, 12 (Stölzel, Op. nov. nunt. 470 ff.) weist die Aq. Klage im Falle der Verletzung eines Grabmales ab, weil dasselbe nicht im Eigenthum stehen kann.

[14]) *ὅτι ὁ μισθωσάμενος φυλακὴν πραγμάτων ἢ ὁ χρησάμενος οὐκ ἐνέχεται ἐπὶ τῇ παρ' ἑτέρῳ γενομένῃ βλάβῃ.* Noodt c. 11 p. 136 und Vollgraff 38 billigen diese Deduction.

[1]) fr. 7 § 3. fr. 11 § 1. fr. 57 h. t.

manigfach nicht hinreichend betont wird, so ist er an einigen Beispielen zu erläutern. Alfenus bespricht fr. 52 § 2 h. t. den Fall, wo zwei Wagen hinter einander den Hügel hinauf fahren. Der erste Wagen wird von den Fuhrleuten unterstützt[2]). Er rollt aber rückwärts, die Unterstützenden weichen zur Seite und der hintere Wagen wird zertrümmert. Wenn hier überhaupt eine Aq. Klage zulässig ist, so kann sie nur gegen die Fuhrleute gehen: sie sind in culpa, falls sie ohne Noth den vorderen Wagen losgelassen und dadurch seine Rückwärtsbewegung veranlaßt haben. Gegen den Herrn würde nur eine actio de pauperie zulässig sein, wenn die Zugthiere vor dem Wagen scheuen und so derselbe ohne Schuld der Fuhrleute rückwärts fährt. Wo diese Klage sich nicht substantiieren läßt, wie in fr. 29 § 4 h. t., da ist überhaupt keine Klage gegen den Eigenthümer der Sache möglich, durch deren Vermittelung eine andere beschädigt ist: nur die Mannschaft eines Schiffes haftet oder wem davon die besondere Fahrlässigkeit zur Last fällt, wenn ein anderes Schiff überfahren ist, nicht etwa in subsidium der Eigenthümer. Besonders klar tritt dieser Grundsatz hervor in

> fr. 30 § 2 Loc. 19, 2: Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione. respondit vel lege Aq. vel ex locato recte eum agere, sed lege Aq. tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset, ex locato etiam si alius eas rupisset cum conductore recte agi.

---

[2]) plostrum ore sublevabant liest f². Mommsen meint, darin könne plostrum more suo subl. stecken. Das Richtige ist wol was C. W. Müller bei Friedländer, Sittengesch. Roms 1, 44 f. vorschlägt: plostrum umeris subl. Conversum plostrum kann nicht, wie Friedländer meint, einen „umgekippten" Wagen bezeichnen. Dann wäre das Zurückrollen nicht zu besorgen gewesen.

Danach geht also die Vertragsklage allein gegen den Miether, denn nur mit diesem ist contrahiert; dagegen mit der actio Aq. kann man nur den Eseltreiber anfassen, denn dieser allein ist in culpa. Eine unbedingte und allgemeine Verpflichtung des Principales, für die Nachlässigkeit seiner Leute aufzukommen, gibt es sonach nicht. Wol aber geht die Aq. Klage gegen den Principal, sobald diesem eine culpa in eligendo nachgewiesen werden kann. Dies ist fr. 27 § 11 h. t. ausdrücklich bezeugt: sed haec ita (ut noxali iudicio agatur) si culpa colonus careret. ceterum si noxios servos habuit, damni eum iniuria teneri, cur tales habuerit[3]). Und dasselbe muß aus fr. 27 § 34 h. t. verglichen mit fr. 60 § 7 Loc. 19, 2 geschlossen werden. Zwar reden diese Stellen nur von Sklaven, dem Geiste der Bestimmungen gemäß müssen sie indes sicher auf freie Leute ausgedehnt werden. Der Fuhrherr wird sonach haftpflichtig sein für einen durch den Frachtführer angerichteten Schaden, sobald er dessen Untauglichkeit kannte oder bei gehöriger Diligenz hätte kennen müssen.

Halten wir den eben entwickelten Grundsatz fest, so ergibt sich, daß Mehrere ex lege Aq. nur dann haften dürfen, wenn sie alle in culpa sind. Daher ist, wenn Mehrere einen Sklaven geschlagen haben, nur der verpflichtet, dessen Schlag denselben nachweislich getödtet hat, fr. 11 § 2. fr. 51 h. t.; ist das nicht nachzuweisen, so haften die Theilnehmer cumulativ. Der Fall wird dem ganz gleich behandelt, wo Mehrere gemeinschaftlich einen Balken herabwerfen und damit einen Schaden anrichten: fr. 11 § 2 h. t. fr. 21 § 9 de furt. 47, 2. Sie haften alle gleichmäßig: denn alle haben zum Sturze des

[3]) Freilich läßt Coll. 12, 7 § 6 § 9 diese entscheidenden Worte weg. Sie sind also wol von den Compilatoren eingeschoben, sicherlich mit gutem Grunde. Bas. 60. 3. 27 (5. 291): *ἐπείτοιγε ἐγκαλεῖται κακοῖς χρώμενος* (was beiläufig Heimbach falsch übersetzt). Dorotheos Sch. 40 ad h. l.: *ἐγκαλούμενος διὰ τὸ τοιούτους ἔχειν.*

Balkens mitgewirkt; ob viel oder wenig, ist gleichgiltig, da schon levissima culpa zur Condemnation genügt.

Die Culpa kann sich bei den verschiedenen Theilnehmern verschieden äußern: es können neben der eigentlichen Theilnahme noch die anderen criminalistischen Categorien der Anstiftung und Gehilfschaft vorliegen. Da es indes überall nur darauf ankömmt, daß die Fahrlässigkeit irgendwie Ursache der Beschädigung geworden ist und Grade derselben nicht unterschieden werden, so muß man auch hier bei dem Principe bleiben, daß alle Theilnehmer gleichmäßig verhaftet sind. Und damit sind im Grunde die criminalistischen Categorien bedeutungslos geworden. Die römischen Juristen sprechen auch in Fällen der Beihilfe von causa mortis praestatio, sie erblicken darin nicht sowol vom strafrechtlichen Gesichtspunkte etwas von der Thäterschaft Verschiedenes, als vielmehr einen selbständigen Verstoß gegen den Wortlaut des Aq. Gesetzes. So heißt es fr. 11 § 1 h. t.: Si alius tenuit, alius interemit, qui tenuit, quasi mortis causam praebuit, tenetur in f. actione. Ein ähnlicher Fall, wo allerdings die praestatio causae eine noch viel mittelbarere ist, wird fr. 9 § 3 h. t. ebenso beurtheilt; ein Sklave wird von dem Einen in den Hinterhalt gelockt und dort vom Anderen getödtet. Gegen den Ersteren geht die actio in f., gegen den Anderen natürlich die directa. Wenn hienach die Gehilfschaft als von dem Hauptvergehen unabhängiges eigenes Delict aufgefaßt wird, so werden hier auch die sonst für dieselbe giltigen strafrechtlichen Normen sich nicht ohne Weiteres anwenden lassen, namentlich nicht die im römischen Rechte nicht minder[4]) als in der modernen Wissenschaft anerkannte Regel, daß es keine culpose Beihilfe geben könne. Es würde also m. E. derjenige

---

[4]) fr. 50 § 2 de furt. 47, 2. fr. 53 § 2 de R. J. 50, 17. Geib, Strafrecht 2, 370 f.

ex lege Aq. haften, der einen fremden Sklaven mit einer Geldsumme durch einen als gefährlich bekannten Wald schickt, wo er von Räubern erschlagen wird.

Etwas anders stellt sich das Verhältnis beim intellectuellen Urheber. An sich ist es zweifellos, daß für alle Delicte oder delictartige Handlungen, z. B. Dejection aus dem Besitze, der mandator, der den Befehl ertheilt, so gut haftet, wie der, welcher ihn ausführt [5]). Allein wenn der Befehlende das Recht hat vom Beauftragten Gehorsam zu fordern, so macht sich dieser keines Vergehens schuldig, vielmehr trifft den Befehlenden ausschließlich die Schuld. Zu diesen Personen, welche gehorchen müssen, gehören vor Allen Sklaven und Hauskinder, aber auch die Untergebenen eines Magistrates. Man darf also z. B. den Apparitor des Aedilen, welcher auf dessen Befehl die die Passage sperrenden Betten zerschneidet, nicht mit der Aquilia belangen. Diese Freiheit von der Haftung erstreckt sich jedoch lediglich auf die Vergehen, quae non habent atrocitatem facinoris, zu denen eben das damnum wie Injurie und Testamentsfälschung gehört [6]).

Besondere Beachtung verdienen noch die Fälle der Noxalität. Im Aq. Gesetze befand sich darüber eine ausdrückliche Vorschrift [7]). Eine allgemeinere Bestimmung in derselben Richtung enthielten auch die XII Tafeln (12, 3): si servus furtum faxit noxiamve noxit etc. Und es war daher schon unter den römischen Juristen streitig, welches das Verhältnis dieser beiden Gesetzesvorschriften zu einander sei. Darüber

---

[5]) s. die bei Geib, Strafr. 2, 326 f. gesammelten Stellen.

[6]) fr. 11 § 7. qd vi 43, 24. fr. 15 § 13. fr. 17 § 7 de iniur. 47, 10.

[7]) Gai. 4, 76. § 4 de nox. 4, 8. Man hat daraus ein besonderes Capitel machen wollen, Noodt c. 1 p. 119 — eine eben so unnöthige wie mit Hinblick auf Theophilus 4, 3 pr. und Gai. 3, 210 f. unwahrscheinliche Annahme.

war man allerdings einig, daß, wenn der Herr dem Sklaven das damnum befahl, die Aq. Klage gegen den Herrn gieng, wenn er nichts von der Unthat des Sklaven wuste, er mit der Noxalklage haftete. Es handelte sich also um die Fälle, wo der Herr das Vergehen kannte und geschehen ließ; wo der Sklave aus eigenem Antriebe das Verbrechen begeht, aber der dominus sich durch seine Connivenz zum Mitschuldigen macht. Celsus meinte nun, hier giengen die XII Tafeln und das Aq. Gesetz von verschiedenen Standpunkten aus: jene ließen auch hier nur den Herrn ex nomine servi, also mit der Noxalklage haften und den Sklaven frei ausgehen, die Aquilia dagegen machte den Sklaven suo nomine verantwortlich. Nach Julians Meinung indes, welche von den späteren Juristen gebilligt wurde, muste man die XII Tafelverordnung in das Aq. Gesetz hinübernehmen [8]); und der Herr, der seinem Sklaven ein Vergehen zuläßt, haftet demzufolge sowol proprio nomine als noxal servi nomine. In der That würde die Meinung des Celsus den unmöglichen Satz zur Grundlage haben, daß jede Mitwissenschaft des Herrn den Sklaven entschuldige. Die Meinung Julians hat allerdings die Consequenz, daß der Herr doppelt, ex noxa servi und ex sua culpa haftet. Das heißt aber nur, daß er sine noxae deditione belangt werden darf, wie dies fr. 43 § 1. fr. 44 h. t. bezeugen, nicht aber, daß noxae deditio und Schadensersatzforderung cumuliert werden sollen. Von Bedeutung wird die Regel nur, wenn der Herr den Sklaven nach dem Vergehen veräußert. Dann ist die actio noxalis auch gegen den neuen Eigenthümer begründet [9]). Dies ist der Inhalt der Auseinandersetzung Ulpians fr. 2 pr. § 1 de nox. 9, 4.

---

[8]) ἕν τι κάλλιστον κέραμα συνεκέρασαν, wie Schol. 21 Bas. 60. 5. 2 (5, 339) sagt.

[9]) vgl. (Hall.) A. L. Z. 1818. 2, Sp. 715.

Eigenthümliche Complicationen können hier entstehen, wenn der Sklave, der eine Sache beschädigt, mehrere Herren hat. Entweder wissen dann alle diese um das Vergehen, oder Einer oder Keiner. Im ersten Falle haften alle condomini ex propria culpa. Es erscheint gleichgiltig, ob sie sich zur Ausführung ihrer Absichten des Sklaven als Mittels bedient oder sie selbst ausgeführt haben. Daher müssen sie sämtlich in solidum haften, ohne daß die Leistung des Einen die Anderen befreit, fr. 5 § 1 de nox. 9, 4. Die Klage erlischt nicht mit dem Tode oder der Freilassung und erhält kein anderes Object durch die Veräußerung des Sklaven, fr. 2 § 1. fr. 5 § 1 eod. Andererseits haften auch die Erben der domini nicht. — Wenn alle condomini nichts vom Vergehen des Sklaven wissen, so geht gegen alle die Noxalklage. Dadurch wird eine Art Correalität zwischen ihnen begründet[10]). Die Litiscontestation mit dem Einen dominus befreit zwar die übrigen noch nicht[11]), wol aber die Leistung des Schadensersatzes: fr. 9 de nox. 9, 4. Selbstverständlich erlangt der Zahlende mit actio communi dividendo Deckung von seinen Miteigenthümern: fr. 8 eod. — Ist Einer der Miteigenthümer conscius, der Andere nicht, so haftet jener aus eigener Schuld, dieser aus der des Sklaven, so daß also jener nur mit der Aquilia, dieser nur mit der noxalis belangt werden kann. Die Anstellung der einen Klage consumiert die andere nicht. Die Noxalklage geht auf noxae deditio des ganzen Sklaven. Wird daher der nescius verurtheilt, hat er sich nicht vor der Litiscontestation durch Abtretung seines Antheiles am Sklaven befreit, so muß er auch den ganzen Sklaven dedieren[12]). Der Regreß an den schuldigen Miteigenthümer auf Höhe von dessen Antheile am

---

[10]) Ribbentrop, Correaloblig. 243 ff.
[11]) fr. 4 § 3 de nox. 9, 4. Ribbentrop 250. Unterholzner 1, 441 f.
[12]) Zimmern, Noxalklagen 125 ff.

Sklaven bleibt ihm immer noch offen[13]). Dagegen hat der dominus conscius natürlich keinen Regreß. Auf Seiten der Miteigenthümer ist die Wirkung der Klage daher die, daß der nescius die Hälfte des Werthes des Sklaven, der conscius den Ersatz für den durch den Sklaven angerichteten Schaden und die Hälfte seines Werthes einbüßt. — Dieselben Principien sind für die Fälle maßgebend, wo der gemeinschaftliche Sklave die Sache des einen condominus beschädigt. Hat der andere condominus darum gewußt, so ist das so gut, als wenn ein extraneus des Vergehens sich schuldig gemacht hätte: er haftet also mit der reinen Aquilia: fr. 27 § 1 h. t. Hat er nicht darum gewußt, so ist die Noxalklage unzulässig. Denn es würde sonst derselbe als Kläger auftreten, der unter Umständen zur Defension des Sklaven verpflichtet ist: und das verstößt gegen anerkannte Grundsätze des römischen Rechtes[14]). Dem socius bleibt nur die actio communi dividundo, fr. 61 pr. de furt. 47, 2. Endlich wenn ein gemeinschaftlicher Sklave auf Befehl oder mit Vorwissen des einen socius eine gemeinschaftliche Sache beschädigt, so steht der reinen Aq. Klage auf das Interesse gegen denselben nichts im Wege. fr. 19. fr. 20 h. t. fr. 5 si fam. 47, 6. Wenn mehrere Sklaven desselben Herrn gemeinschaftlich eine Sache beschädigt haben, so soll nach Gai. fr. 32 h. t. (fr. 1 § 3 si fam. 47, 6)

---

[13]) fr. 17 pr. de nox. 9, 4. vgl. fr. 5 si fam. 47, 6.

[14]) c. 21 de furt. 6, 2. fr. 14 § 2 de serv. corr. 4, 3. Schol. 6 Bas. 60, 3. 27 (5, 288): *ὑπὲρ ὧν γὰρ ἐναγόμεθα τῇ νοξαλίᾳ διὰ τούτων νοξαλίαν ἔχειν οὐ δυνάμεθα.* Zimmern 170. 200 ff. Ueber den Grund, welchen Ulpian fr. 27 § 1 anführt: ne sit in potestate servi ut tibi (utri? Mommsen) soli serviat vgl. Cuiac. obss. 17, 15. Zimmern 211 f. gegen Suarez 1, 4. 6 p. 74. Als nebensächlichen Billigkeitsgrund darf man ihn wol immerhin gelten lassen, wie ihn auch Paulus fr. 17 pr. de nox. nicht verschmäht: iniquum est vilissimi hominis deditione (der Sklave kann auch sehr werthvoll sein) alterum quoque (condominum) liberari.

einmaliger Ersatz des Schadens genügen, nach Analogie des Edictes: si familia furtum fecisse dicatur. Diese Stelle muß maßgebend sein für das geltende Recht. Freilich ganz consequent ist die Entscheidung nicht, wie sie denn auch Gaius wesentlich mit Billigkeitsgründen motiviert. Denn wenn Mehrere eine Sache gemeinschaftlich stehlen, so liegt hier ein Erfolg vor, zu welchem alle mitwirken; wenn dagegen eine Sache beschädigt wird, so verstößt jeder Einzelne gegen das Gesetz, jeder Einzelne beschädigt sie selbständig. So argumentiert Paulus fr. 9 de iud. 2, 1 [15]).

Ganz analogen Grundsätzen mit der actio noxalis ex lege Aq. folgen die Klagen wegen der durch ein Thier veranlaßten Sachbeschädigung, die ebenfalls schon aus den XII Tafeln stammen. Man muß hier die verschiedenen Arten von Thieren unterscheiden.

1. Wenn durch ein zahmes (oder gezähmtes) Thier eine Sache beschädigt ist, so soll der Eigenthümer desselben für Ersatz des Schadens haften, aber berechtigt sein, sich durch Herausgabe des Thieres von der Haftung zu befreien, a. de pauperie [16]). Auch hier ist davon auszugehen, daß auf eine culpa des Eigenthümers nichts ankömmt: im Gegentheile, wo eine solche vorliegt, ist die Aquilia begründet. Vielmehr wird das Thier als selbstthätig, mithin als selbst culpos angesehen. Das ergibt sich nicht allein daraus, daß auch hier noxa caput sequitur, fr. 1 § 12 si quadr. 9, 1, daß, wenn das Thier vor Erhebung der Klage stirbt, auch diese selbst erlischt, fr. 1

---

[15]) vgl. Cuiac. obss. 8, 20.

[16]) vgl. Zimmern, Noxalklagen 79 ff., auch Casse, de damno ab animalibus dato, Havniae 1840, freilich im romanistischen Theile lediglich eine Reproduction Zimmerns; sogar die von diesem (S. 106) als Zwölftafelworte behandelte Gothofredische Phantasie: qui pecu endo alieno impescit wird trotz Dirksen (XII Tafeln 536 ff.) als fragmentum quod ad nos devenit legum X viralium bezeichnet.

§ 13, sondern auch daraus, daß, wenn zwei Thiere mit einander kämpfen und das eine dabei ums Leben kömmt, nur der Herr des angreifenden Thieres haftet, fr. 1 § 8. § 11 h. t. (vgl. V a. E.). Die culpa des Thieres muß sich darin zeigen, daß es contra naturam sui generis geschadet hat, fr. 1 § 4 h. t. pr. h. t. 4, 9. Dahin gehören alle Beschädigungen, die das Thier ohne äußere Veranlassung, nur in Folge eigener Tücke und Unart angerichtet hat[17]). Ob diese dem einzelnen Thiere angeboren ist oder sich nur plötzlich und ausnahmsweise zeigt, ist gleichgiltig: darauf allein kömmt es an, daß sonst die Gattung, zu der das Thier gehört, zu dergleichen Wildheiten nicht neigt[18]). Die Klage ist ausgedehnter als die Aquilische, denn sie steht auch dem bloßen Interessenten zu: fr. 2 h. t.

Wegen Abweidens von fremden Feldfrüchten geben die XII Tafeln noch besonders eine actio de pastu gegen den, welcher das Vieh auf den fremden Acker hat übertreten lassen. Daneben ist auch eine actio utilis legis Aq. zuläßig, fr. 14 § 3 de praescr. 19, 5. c. 6 h. t. Eine große Streitfrage aber ist, ob diese Klage auch noxalen Charakter annehmen, und wenn keine besondere Schuld eines Anderen nachzuweisen ist, gegen den Eigenthümer erhoben werden könne[19]). Paulus R. S. 1, 15 § 1 stellt das Abweiden des Getreides mit der pauperies zusammen und gestattet unbedingt die Klage gegen den Herrn:

> Si quadrupes pauperiem fecerit damnumve dederit quidve depasta sit in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat aut quadrupedem dedat.

---

[17]) Sintenis, Civilr. 2, 781.

[18]) pr. h. t. Schrader z. d. St.

[19]) Zimmern 112. Sintenis a. a. O. 782 n. 29. vgl. Glück 10. 282 ff.

Freilich aber liegt in dem Weiden keine ferocia des Thieres, sondern nur eine Aeußerung des Naturtriebes, und also mangelt es an einer wesentlichen Voraussetzung der a. de pauperie. Man hat deshalb die Worte: vel quid depasta sit als Anianismus darzustellen gesucht. Dazu ist indes dem Stande des Textes gegenüber gar keine Veranlassung. Die Handschriften deuten nirgends ein Emblem an; aus der Interpretation der Stelle geht vielmehr das Gegentheil hervor: si alienum animal cuicunque damnum intulerit aut alicuius fructus laeserit dominus eius etc. Hienach sah also der westgothische Gesetzgeber im Abweiden der Früchte eine Art laesio derselben: wäre dieser Fall also im ursprünglichen Texte des Paulus nicht schon besonders hervorgehoben, so wäre gar kein Grund vorhanden gewesen, ihn neben andern damnis noch zu nennen. In der That hat man sich m. E. der Paulinischen Aeußerung gegenüber auf einen unrichtigen Standpunkt gestellt. Paulus unterscheidet ausdrücklich damnum dare, pauperiem facere und depasci: das hätte gar keinen Sinn, wenn er nur von der a. de pauperie sprechen und deren Voraussetzungen hier erörtern wollte; vielmehr sagt er, daß auch die a. de pastu als solche noxal werden könne, ebenso wie die a. legis Aq. Und dem widerspricht fr. 14 § 3 de praescr. v. 19, 5 in keiner Weise.

Eine andere Controverse bezieht sich auf fr. 7 § 6 de d. m. 4, 3. Danach soll ich, wenn ein Thier in Folge des Dolus eines Dritten mich beschädigt hat, gegen den letzteren die a. doli haben, vorausgesetzt, daß der zunächst mit der a. de pauperie zu belangende Eigenthümer zahlungsunfähig ist. Der Fall ist so zu denken, daß der Beschädigte veranlaßt wurde, sich einem gefährlichen Thiere zu nähern. Wäre auf das Thier eingewirkt, dasselbe gereizt u. s. w., so würde unzweifelhaft die Aq. in f. zulässig sein. Hieraus hat man gefolgert, Ulpian erkenne in diesem Falle die Möglichkeit einer

Aquilia nicht an. Dagegen gibt Paulus fr. 4 de serv. corr. 11, 3 eine a. utilis legis Aq., wenn man einen Sklaven überredet, auf einen Baum zu steigen und dieser sich dabei zu Tode fällt. Zimmern[20]) will hier eine klare Antinomie beider Rechtslehrer finden. Er geht davon aus, daß Paulus in fr. 4 c. dem Ulpian in fr. 3 § 1 eod. widerspreche, indem er für vortheilhafter erkläre, in dem dort referierten Falle die ut. Aq. statt der servi corr. actio anzustellen. Darin aber scheint mir gar kein Widerspruch enthalten: Paulus ertheilt, wie unzähligemal sonst, einen guten Rath in Betreff der Wahl der Klage: der Grund, weshalb er die Aq., wo es irgend angeht, zu erheben räth, liegt darin, daß diese keinen dolus erfordert. Ulpian seinerseits denkt überhaupt nicht an die Aq., sondern betrachtet lediglich die a. servi corr., kann also jene gar nicht ausschließen. Uebrigens gibt er in fr. 9 § 3 eine a. Aq. in f. gegen den, welcher einen Sklaven in einen Hinterhalt lockt, wo er getödtet wird — ein Fall, der dem in fr. 7 § 6 vorausgesetzten genau entspricht. Hienach ist also nicht wol anzunehmen, daß er in letzterer Stelle die Aq. implicite habe versagen wollen[21]). Vielmehr scheint aus derselben hervorzugehen, daß Ulpian der in f. actio einen subsidiaren Character beilegte, ähnlich wie er der a. doli zukömmt. Jedesfalls aber darf das fr. 7 § 6 nicht als maßgebend betrachtet werden.

2. Durch ein ädilicisches Edict war verboten, wilde Thiere an (öffentlichen) Straßen, quo vulgo iter fit, zu

---

[20]) Zimmern, a. a. O. 253 vgl. Suarez 3, 7. 1.

[21]) Die Heranziehung von fr. 54 de A. E. V. 19, 1, aus welchem hervorgehen soll, daß Labeo, auf den sich Ulpian fr. 7 § 6 beruft, auch anderwärts die Culpa milder beurtheilt habe als Paulus, scheint mir ganz unangemessen. Nicht um Milde oder Strenge handelt es sich dort, sondern, wie schon VI, 69, hervorgehoben, um größere Individualisierung der Schuldfrage. In unserem Falle kömmt die culpa gar nicht in Betracht.

halten [22]). Wurde dem zuwider gehandelt und ein Freier beschädigt, so wird eine Klage gegeben auf das quod iudici bonum et aequum videtur, die Beschädigung einer Sache soll mit dem doppelten Ersatze gebüßt werden [23]). Diese Klage ist nicht noxal: in der That würde dem Beschädigten mit Ueberlieferung des Löwen oder Bären schlecht gedient sein. Vielmehr geht sie gegen den, welchem eine culpa zur Last fällt: den Wärter oder den Eigenthümer, der sich der Uebertretung einer Polizeivorschrift und damit einer culpa schuldig gemacht hat. Daraus folgt, daß die Klage weder durch den Tod des Thieres erlischt, noch durch Veräußerung desselben gegen den Erwerber gekehrt wird. Indessen darf man neben dieser Klage die actio de pauperie nicht für ausgeschlossen halten. § 1 h. t. 4, 9 läßt dieselbe ausdrücklich zu, und unter den quadrupedes sind ja natürlich auch wilde Thiere mitbegriffen. Ulpian fr. 1 § 10 h. t. dagegen, hat man gemeint [24]), scheine die Klage in diesem Falle für unstatthaft zu halten.

> In bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio (de pauperie) locum non habet: et ideo si ursus fugit et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desinit dominus esse, ubi fera evasit.

Allein der Zusammenhang, namentlich die Anknüpfung mit ideo ergibt m. E., daß die Anfangsworte nur den im Fol-

---

[22]) Die Liebhaberei der vornehmen Römer für Bestien und Ungeheuer aller Art, die sie in tragbaren Käfigen zur Schau stellten, machte dies Edict zu einem dringenden Bedürfnisse: vgl. Friedländer, Sittengesch. Roms 1, 38 ff., namentlich aber Otto, de tutela viarum 3, 2 p. 432 ff. (ed. 2. Trai. 1734). Zimmern 99 n. 52 citiert als früher erschienen eine Dissertation von Wintgens, de animalibus ferocibus, Trai. 1730 (bei Oelrichs, thesaurus 1, 2. 145 ff.) Diese ist aber nichts als ein wörtlicher Abdruck von Partien des Ottoschen Werkes.

[23]) Paulus, R. S. 1, 15 § 2. fr. 40 sqq. de aed. ed. 21, 1 § 1 h. t.

[24]) Zimmern 102 ff. Sintenis 789 n. 39.

genden erläuterten Fall vor Augen haben: sie wollen nur erklären, weshalb die Klage gegen den zeitweiligen Eigenthümer des wilden Thieres unzulässig ist. Naturalis feritas bezeichnet also nicht dasselbe wie genitalis ferocia[25]), sondern will sagen, daß das Thier als Wild herrenlos ist und sofort seine Freiheit wiedererlangt, wenn es aus dem Besitze des bisherigen Eigenthümers kömmt. Daß die actio begründet ist, so lange Jemand Eigenthümer ist, leugnet Ulpian nicht. — Ob die Klage aus dem Edicte nur dem Eigenthümer oder jedem Interessenten zustehe, ist nicht überliefert. Wahrscheinlich ist indes das letztere.

3. Ein anderes Polizeirechtsmittel, das ebenfalls eine Art noxaler Haftung, wenigstens die Haftung eines nicht Culposen für den Culposen voraussetzt, muß hier auch noch kurz erwähnt werden: die actio de deiectis et effusis. Sie sucht eingewurzelten Uebelständen der Stadt Rom abzuhelfen[26]). Es soll danach der Bewohner eines Stockwerkes, cenaculum, für allen Schaden haften, der durch Herausschütten oder -Werfen aus demselben auf eine begangene Straße angerichtet wird[27]). Ist ein Freier getödtet, so haben dessen Angehörige eine Klage auf eine Buße von 50 solidi, ist er verwundet, so steht ihm selbst ein Anspruch auf billige Aestimation seiner Cur- und Versäumnißkosten zu, wegen beschädigter Sachen endlich geht eine actio in f. auf doppelten Ersatz des Schadens. Beklagter ist der habitator, d. h. der dauernde Bewohner des cenaculum, gleichgiltig, ob er Eigenthümer des Hauses, Miether oder gratuito habitans ist, wenn er nur

[25]) Das hat man gemeint, weil man denique im pr. h. t. als Folgerungspartikel nahm, Zimmern 103 f. Dazu ist gar kein Grund vorhanden.

[26]) vgl. Otto 476 ff. bes. 479 ff.

[27]) Ueber die Unzulässigkeit der Annahme einer prokuratorischen Popularklage vgl. Bruns in d. Ztschr. f. R. G. 3, 375.

nicht bloß als Gast sich vorübergehend dort aufhält, fr. 1 § 9 h. t. 9, 3. Als Gäste gelten auch Clienten, Freigelassene und Freunde, die umsonst im Hause wohnen[28]), fr. 5 § 1 h. t. Mehrere Bewohner haften in solidum, cum sane impossibile est scire quis deiecisset. Ist aber die Wohnung reell getheilt, so geht die Klage nur gegen den Bewohner des Theiles unde effusum est. Ueberall blicken hier rein polizeiliche Gesichtspunkte durch. — Der mit der a. effusis Verurtheilte hat einen Regreß an den eigentlichen Thäter. Das muß man aus fr. 5 § 4 h. t. schließen, das freilich sonst sehr unklar ist.

> Cum autem legis Aquiliae actione propter hoc quis condemnatus est, merito ei, qui ob hoc, quod hospes vel quis alius de cenaculo deiecit, in factum dandam esse Labeo dicit adversus deiectorem. quod verum est.

Die Lesart steht im Allgemeinen fest: die Basiliken bezeugen sie und die Scholiasten drücken ihre Verwunderung über die ganz unmotivierte Einmischung der actio Aq. aus[29]). Die einzige Möglichkeit, diese zu erklären, scheint mir folgende. Der habitator haftet nicht eigentlich für die Schuld Anderer — was den Principien der Aquilia direct zuwiderlaufen würde —, sondern wegen einer aus polizeilichen Gründen ein für allemal angenommenen eigenen Schuld. Auf diese Weise bildet das Edict ein Analogon der lex Aq., und wird daher auch mit dieser zusammengestellt und verglichen:

> fr. 1 § 4 h. t. haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid deiceretur vel effunderetur, non in dominum aedium: culpa enim penes eum est. nec adicitur culpae mentio vel

[28]) „Freunde" sind wol Clienten. fr. 2 § 1. fr. 3 de usu 7, 8. s. i. A. Friedländer 1, 246.

[29]) Bas. 60. 4, 5 (5, 395).

infitiationis, ut in duplum detur actio, quamvis damni iniuriae utrumque exiget.

Gewis befaste man die durch Effusion bewirkte Sachbeschädibung mit unter dem allgemeinen Namen damnum ini. und betrachtete also das Edict als selbständige Weiterbildung der Aq. lex, ähnlich wie die actiones in factum. Die beiden zunächst verschiedenen Begriffe a. Aq. und a. damni ini. wurden, worauf schon mehrfach hingewiesen, später so ziemlich identificiert, so daß im Sinne der Compilatoren jedesfalls a. Aq. die a. in f. mitbezeichnet. Denkt man sich an Stelle der a. Aq. in unserer Stelle a. damni ini., so verschwindet die Schwierigkeit.

XX.

Nachdem wir so die Voraussetzungen der Aq. Klagen kennen gelernt, ist es möglich, einiges über den Beweis und die Vertheilung der Beweislast bei derselben hinzuzufügen. Hiebei würde es allerdings von wesentlichem Vortheile sein, wenn wir die Formel der Aq. Klage kennten. Denn da die Lehre von der Beweislast nichts weiter ist, als die Theorie von der Substantiierung der Klagen und Einreden, so muß die Formel nothwendig über die im einzelnen Falle für die Klage erforderlichen Voraussetzungen Auskunft gewähren [1]). Da wir in-

[1]) Von sehr geringer Bedeutung für die Vertheilung der Beweislast würde freilich die Formel sein, wenn sie nicht immer darüber entschiede, was zur Substantiierung der Klage und was zur Exception gehöre, Bethmann-Hollweg, Civilpr. 2, 611. Allein fürs Erste muß ich die Richtigkeit dieser Meinung noch bezweifeln. Allerdings charakterisiert man die Formel wol richtiger als Relevanzdecret, denn als Beweisinterlocut. Allein im Namen und Begriffe der exceptio als Ausnahme von der in der Klage behaupteten rechtlich anerkannten Regel, liegt nothwendig, daß der Prätor Beweis und Gegenbeweis genau zu sondern hatte. Das für die obige Meinung angeführte Beispiel, die formula negatoria, bei welcher intendiert werde: ius ei non esse und doch nur der Nachweis des Eigenthumes zur Klage-

des die Formel nicht kennen, so würde es sehr müßig sein, wenn man, um zur Erkenntnis der Beweislast zu gelangen, erst den Umweg über die Reconstruction derselben nähme.

Es ist bei der lex Aq., wie überhaupt, von dem Grundsatze auszugehen, daß der Kläger die sein Recht begründenden rechtlichen Thatsachen nachweisen muß [2]). Die Voraussetzungen der Aq. Klage sind nun: 1) Beschädigung einer Sache; 2) Eigenthum (oder dingliches Recht) des Klägers an derselben; 3) daraus erwachsender Vermögensnachtheil für den Kläger; 4) Rechtlosigkeit des Eingriffes in die fremde Vermögenssphäre und 5) Verschulden auf Seiten des Beklagten. Erst die Gesamtheit dieser Momente ergibt den Thatbestand des damnum iniuria datum, und darauf beruht mithin der Rechtsanspruch des Klägers. Daher muste er principiell jedes einzelne derselben erweisen. Allein jedesfalls gestaltete sich die Sache in der Anwendung anders und wesentlich einfacher.

1. In ältester Zeit beschränkt sich die Klage auf Tödtung und Verwundung von Sklaven und Thieren, auf Verbrennen, Zerbrechen und Verderben von Sachen. Hier wird also die Behauptung des Klägers dahin gegangen sein: Beklagter habe

---

begründung erforderlich sei, ist ganz entschieden unzutreffend. Denn bekanntlich lautete (was Hollweg auch 2, 251 nicht gehörig beachtet zu haben scheint) die negatoria: ius non esse **invito me**, und aller Nachdruck fiel auf die letzten beiden Worte. Gerade aus ihnen erklärt sich, daß nur Eigenthumsbeweis nothwendig war. H. Pernice, Comment. duae 154 ff. 192 ff.

[2]) Heffter, bei Weber, Beweislast 263 ff. 266. Bethmann-Hollweg, Versuche 338 ff. Will man mit Maxen, Beweislast 50 den Erweis der rechtserzeugenden Thatsachen dem Kläger, der rechtshindernden oder vernichtenden dem Beklagten auflegen, so ist das im Princip gewis sehr richtig. Die Schwierigkeit ist nur dann immer, zu bestimmen, was zur einen oder anderen Categorie gehöre (S. 56). Ob diese Schwierigkeit der Lösung dadurch sehr viel näher gebracht wird, daß man an einzelnen Fällen nachzuweisen sucht, was dabei als Thatsache der einen oder anderen Art zu betrachten sei (S. 109 ff.)?

einen ihm (Kläger) gehörigen Sklaven ohne Recht getödtet. Mit dieser Behauptung umfaßt der Kläger alle obige Voraussetzungen.

Die Behauptung „iniuria“ enthält nach dem Wortlaute des Aq. Gesetzes zwei Elemente, die Rechtlosigkeit und die culpa. Leugnet der Beklagte die letztere, so leugnet er damit die wesentliche Grundlage der Klage. Sie muß also sicherlich vom Kläger erwiesen werden. Unmittelbar aber auf das Dasein der culpa kann sich dieser Beweis nicht richten, sondern nur auf Thatsachen, aus welchen ihr Dasein vom Richter erschlossen werden soll. Eben darum ist eigentlich damit wenig erreicht, wenn man heutzutage einig ist[3]), der, welcher seinen Rechtsanspruch auf die culpa des Gegners stütze, müsse dieselbe auch erweisen. Denn nun fragt es sich erst, wie viel Thatsachen und welcher Art der Kläger anführen und darthun müsse, damit der Richter sich vom Vorhandensein eines Verschuldens genügend überzeuge. Es sind hier, glaub ich, die concreten Fälle bestimmt aus einander zu halten. Principien hierüber musten jedesfalls trotz der freien Stellung des Richters den Beweisfragen gegenüber auch im römischen Rechte feststehen. Denn die hier auftauchenden Zweifel waren schon durch den Prätor bei Aufstellung der Formel zu erledigen, sie gehörten gar nicht zur Cognition des Judex. Und auch heutzutage unterliegt wol die Vertheilung der Beweislast nirgends der discretionären Gewalt des Richters, so daß dieser in äußerlich gleichen Fällen nach Willkür bald mehr, bald weniger vom Kläger bewiesen verlangen könnte.

In den Fällen der unmittelbaren Sachbeschädigung wird der Beweis der culpa entschieden zurücktreten. Wenn ein Thier gestoßen oder geschlagen wird, so liegt die culpa aller-

[3]) Vorst, Beweislast 104. Weber, Beweisführung 173. Puchta Pand. §. 267 a. E. Sintenis, Civilrecht 2, 340 n. 67.

dings nicht sowol in der Zufügung des Schlages an sich, als in der Nichtberücksichtigung der voraussichtlichen Folgen desselben. Sind aber diese Folgen eingetreten, ist das Thier todt oder verwundet, so kann es sich selbstverständlich nicht um den speciellen Nachweis der Neglegenz handeln. Für diese erste Phase des Gesetzes ist es sonach vollkommen begründet, den Beweissatz dahin zu fassen: daß eine Handlung vom Angeschuldigten vorgenommen und daß diese die Ursache des entstandenen Schadens sei[4]). Natürlich aber muß ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Handlung des Beklagten und der Beschädigung vorhanden sein. In den meisten Fällen der actio directa wird auch dieser zu Tage liegen: ein Sklave wird ins Wasser gestoßen und ertrinkt, ein Pferd wird zu schwer beladen und bricht zusammen. Wird der Causalnexus geleugnet, so darf man sich im Sinne der Römer keinesfalls auf Subtilitäten einlassen. Nach dem oben entwickelten Begriffe des Causalzusammenhanges muß der Satz post hoc ergo propter hoc in weitem Umfange zur Anwendung kommen, d. h. es wird bis zum Erweise des Gegentheiles angenommen werden müssen, daß die Beschädigung einer Sache, welche nach einer Einwirkung auf dieselbe eingetreten ist, diese Einwirkung zur ausschließlichen Ursache habe. Darum halte ich die Ausdrucksweise der römischen Juristen: siquis servum percusserit et is obierit, fr. 8 § 5 h. t., si magister navis in flumen navem immiserit et temperare non potuerit et navem perdiderit, fr. 13 § 2 Loc. 19, 2 u. a. nicht für eine reine Saloperie, sondern für vollkommen ihrer Anschauung entsprechend. Ist ein Moment vorhanden, was den Nexus aufhebt, so ist es Sache des Beklagten dies nachzuweisen. Ihm liegt also der Beweis ob, daß der von ihm verwundete Sklave in Folge der Imperitia des behandelnden Arztes ge-

[4]) Löhr, Mag. f. GG. u. RW. 4, 509. vgl. Maxen 148.

storben ist u. s. w. Darauf beruht es auch, daß, wenn ein Sklave von mehreren geschlagen und gestorben ist, Alle wegen Tödtung haften. Hier ist — wenn nicht der Schlag des Einen als Ursache des Todes nachgewiesen wird, was natürlich excipiendo geschehen kann — vollkommen klar, daß alle Schläge zusammen den Tod herbeigeführt haben, jeder Einzelne an seinem Theile dazu mitgewirkt hat. Den angedeuteten Gegenbeweis läßt fr. 11 § 2 h. t. mit klaren Worten zu.

Wie aber steht es mit dem Nachweise dafür, daß der Beschädiger culpae capax, sanae mentis gewesen sei? Zunächst sollte man meinen, derselbe liege dem Kläger ob. Denn da dieser die culpa des Beschädigers darzuthun hat, so muß er auch deren nothwendige Vorbedingung, die Zurechnungsfähigkeit, darthun. In der That wird Niemand bezweifeln, daß vor der criminellen Anklage dieser Nachweis gefordert werden muß. Dennoch wird jeder Richter den Einwand der Unzurechnungsfähigkeit als wahre exceptio auffassen und den Beweis dem Beklagten auflegen[5]). Der Grund liegt wol in Folgendem. Bei einem civilen Rechtsgeschäfte hat der Kläger nur die im Begriffe desselben liegenden Bedingungen, der Beklagte die Umstände nachzuweisen, durch welche im concreten Falle das Zustandekommen des Geschäftes verhindert ist[6]). Analog ist hier zu argumentieren. Der Kläger hat nur die Merkmale für den besonderen Thatbestand des Vergehens der lex Aq. anzuführen. Wird das Vorhandensein dieses Thatbestandes wegen Mangels von Merkmalen bestritten, die zum

[5]) Trotzdem gehe ich auf alle diese Fälle näher ein, einmal weil das „Selbstverständliche" oft juristisch schwierig genug zu construieren ist, und sodann, um darauf hinzuweisen, wie dürftig der Satz ist: dem Kläger liegt der Beweis der culpa ob.

[6]) c. 5 de iure cod. 6, 36. Bethmann-Hollweg, Versuche 353 f. Civilpr. 2, 619 n. 5. Damit, daß man Impubertät und Wahnsinn als „rechtshindernde Thatsachen" bezeichnet, die deshalb der Beklagte erweisen müsse, Maxen 110 f., scheint mir nicht allzuviel gewonnen.

allgemeinen Thatbestande der Verbrechen gehören, z. B. Zurechnungsfähigkeit, so hat der Gegner diesen Mangel zu erweisen.

Ganz ähnlich wird sich das Verhältnis bei der iniuria stellen. Es liegt nämlich bei der directen Klage immer ein positiver Eingriff in eine fremde Rechtssphäre deutlich vor Augen, und dieser involviert auf Seiten des Beschädigers in den meisten Fällen eine Rechtswidrigkeit. Darum ist es für den Kläger jedesfalls genügend, wenn er die verletzende Thatsache und die Urheberschaft des Beklagten nachweist. Beruft sich dieser auf ein Recht, z. B. Nothstand, Nothwehr, kraft dessen er habe tödten oder verwunden dürfen, so ist dies dem Thatbestande der Klage gegenüber eine wahre exceptio. Denn damit wird am Ende das Unrecht nicht in Abrede gestellt, was der Eingriff in das fremde Recht nothwendig enthält, sondern es wird eine Ausnahme von der Regel geltend gemacht[7]) — ganz abgesehen davon, daß man dem Kläger den Nachweis der reinen Negative nicht aufbürden darf, Beklagter habe ohne Recht gehandelt. Anders liegt dagegen die Sache natürlich, wo der Kläger ein Recht des Beklagten zur Vornahme der schädigenden Handlung anerkennt oder wo dies notorisch ist: z. B. das Pfändungsrecht des Magistrates, das Züchtigungsrecht des Meisters oder Nießbrauchers. Denn hier behauptet der Kläger seinerseits eine Ausnahme von der Regel, wenn er trotzdem wegen der Amtshandlung u. s. w. klagt. Ihm liegt daher der Beweis ob, daß der Beklagte sein Recht überschritten oder dolos misbraucht habe. Freilich wird diese Behauptung formell sich als anticipierte Replik darstellen. Das verschlägt aber für die Frage nach der Beweislast nichts. Es folgt nur daraus, daß der Lehrmeister die Existenz des Lehrcontractes, der Miether eines Pferdes die sein Recht be-

---

[7]) vgl. Bethmann-Hollweg, Vers. 337.

gründende Abrede über die Belastung des Maulthieres, fr. 30 § 2 loc., darthun muß.

Und so ist es endlich auch beim damnum. Wenn ein Sklave wirklich verletzt ist, so kann es nur als Ausnahme angesehen werden, falls der dominus dadurch keine Vermögenseinbuße erleidet. Man wird daher von dem Beklagten, der dem Eigenthümer nicht geschadet zu haben behauptet, den Erweis dieser Behauptung fordern müssen, also z. B. daß das Thier völlig werthlos gewesen, daß es durch die erlittene Castration werthvoller geworden sei, ebenso, daß die abgepflückten Früchte reif, daß die Waldbäume zum Fällen geeignet gewesen seien.

2. Die actio utilis und in factum mit ihren Erweiterungen des ursprünglichen Thatbestandes hatte in mehrfachen Beziehungen nothwendig einen modificierenden Einfluß auf die Beweislast.

Zur Activlegitimation war früher der Beweis des Eigenthums unbedingt erforderlich. Wenn jetzt auch dem gutgläubigen Besitzer die Klage gegeben wurde, so muste dies auch auf den Eigenthümer eine Rückwirkung üben: wie bei der Vindication muste auch hier dem Eigenthümer gestattet werden, lediglich aus dem Publicianischen Besitze zu klagen. Die übrigen dinglich Berechtigten müssen sich nicht bloß auf ihr eigenes Recht, sondern auch auf das ihres Auctors stützen. Denn ohne das Eigenthum dieses ist ihr dingliches Recht hinfällig. Doch wird man die Behauptung, „der Verpfänder sei Eigenthümer", nicht zur Substantiation der Klage erfordern dürfen. Jedesfalls muß sie replicando vom Kläger erwiesen werden. Natürlich greifen hier aber die Regeln über Litisdenunciation u. s. w. ein. Außerdem aber müssen sowol der Eigenthümer dem Besitzer, als der b. f. possessor und dinglich Berechtigte dem Eigenthümer gegenüber die mala fides des Beklagten, oder was dasselbe ist, seinen dolus nachweisen.

Denn dieser gehört mit zur Grundlage der Klage, die ohne ihn gar nicht statthaft ist, fr. 18 § 1 de prob. 21, 1.

In sehr vielen Fällen der erweiterten lex Aq. wird sich der Klagevortrag wie in den Fällen der actio directa darauf beschränken können, Ursache und Wirkung einfach neben einander zu stellen, und zu erwarten, daß Beklagter seine Unschuld excipiendo geltend macht und erweist[8]). Ueberall da, wo eine positive Handlung des Beklagten ein damnum für den Kläger, wenn auch mittelbar herbeigeführt hat, scheint mir dies zu genügen. So wenn ein fremdes Thier eingesperrt wird und verhungert, ein fremder Sklave der Kleider beraubt wird und erfriert, Gruben angelegt werden, in die ein Thier fällt und stirbt u. s. w. Indessen darf man m. E. diese Erscheinung nicht darauf zurückführen[9]), daß die culpa bei der lex Aq. bis zum casus reiche und daher jede Thätigkeit an sich culpa sei. Vielmehr genügen hier die Umstände für den Richter wie für jeden Laien, daraus ein Verschulden des Beklagten zu erschließen. Und es ist römisches Princip, wie Princip jedes vernünftigen Processes, mit dem eben Hinreichenden in dieser Richtung sich zu begnügen. Anders dürfen wir auch nicht in den Fällen des fr. 30 § 3, fr. 31 und ähnlichen entscheiden. Es muß für Substantiierung der Klage die Behauptung hinreichend erscheinen, daß ein Zweig vom Baume durch Schuld des putator herabgefallen ist und den schädlichen Erfolg bewirkt hat. Der Beklagte wird dann excipiendo geltend zu machen haben, daß die nothwendigen Vorsichtsmaßregeln, um den Kläger zu warnen, getroffen gewesen seien. Diese Vertheilung der Beweislast ergibt sich aus fr. 28 § 1 h. t.

---

[8]) Ueber das Folgende vgl. Busch, civ. Archiv 45, 148, von dem ich jedoch in Einzelheiten abweichen zu müssen glaube.

[9]) Sintenis, Civilrecht 2, 340 n. 67.

> Haec tamen actio (gegen den, der Gruben an öffentlichen Straßen anlegt) ex causa danda est, id est, si neque denuntiatum est neque scierit aut providere potuerit, et multa huius modi deprehenduntur, quibus summovetur petitor, si evitare periculum poterit (poterat?);

oder wie Dorotheos[10]) noch deutlicher sagt: *καὶ ἄλλα τε πολλὰ ἐπὶ τῶν τοιούτων ἀντιτίθεται τῷ ἐνάγοντι.* In vielen Fällen wird schon deshalb der Beweis dem Beklagten aufzuerlegen sein, weil seine Erwiederung nicht sowol seine eigene culpa in Abrede stellt, als eine culpa des Klägers geltend macht, mit welcher er compensieren will. Hieran streift schon der letzte Fall, es kann aber durch die Fassung der Einrede noch deutlicher werden: Kläger habe unter dem Baume nicht vorübergehen sollen, es sei eine Wiffe zur Warnung aufgestellt gewesen. Anders dagegen wird die Sache liegen, wenn die Stellung des Beschädigers auf seine Diligenz als b. pater fam. influierte und diese nach einer besondern Richtung hin modificierte. Namentlich also wo der Beklagte in Folge seines Berufes zu einer eigenartigen Sorgfalt verpflichtet ist, da wird der Kläger nicht mit der einfachen Nebeneinanderstellung von Ursache und Wirkung abkommen dürfen. Es genügt nicht, zu erzählen, der Arzt habe den Sklaven behandelt und dieser sei gestorben, der Steuermann habe das Schiff gelenkt und dieses sei auf ein anderes gestoßen. Vielmehr muß hier dem Arzte ein Kunstfehler, dem Steuermanne ein Mangel nautischer Kenntnisse nachgewiesen werden. Denn an sich liegt darin noch keine culpa, daß der Kranke stirbt, oder zwei Schiffe zusammenstoßen. Darum sagen auch die Quellen in Bezug auf diese Fälle: si medicus imperite secuit, fr. 7 § 8, si bene secuit et dereliquit curationem, fr. 8 pr. h. t.

[10]) Bas. 60. 3. 28 (5 p. 301). Aus fr. 7 § 2 h. t. läßt sich kein Moment zur Entscheidung der Frage entnehmen.

Allerdings aber gibt es Verhältnisse, wo die Entscheidung darüber schwierig ist, ob man den Nachweis eines Kunstfehlers für nothwendig zur Substantiation halten oder die culpa aus den Umständen folgern soll. So der von Busch erzählte: Ein Brunnenarbeiter ist im Brunnen auf einem Gerüste beschäftigt; ein Anderer läßt ihm zu seiner Arbeit Steine an einem Stricke hinunter. Einer derselben löst sich aus der Schlinge, fällt hinab und beschädigt den unten Arbeitenden. Hat hier Kläger darzuthun, daß Beklagter den Stein unvorsichtig, oder Beklagter, daß er ihn vorsichtig befestigt habe? Busch hält ersteres für das Richtige, während letzteres vom erkennenden Richter angenommen wurde. M. E. ist Buschs Entscheidung die zutreffendere. Es liegt doch jedesfalls auch hier ein Fehler vor, den der Arbeiter bei Ausübung seines Berufes begeht; ob dies ein höherer oder niederer ist, kann selbstverständlich nichts ausmachen. fr. 27 § 33 h. t. sagt von dem Fuhrmanne, von dessen Wagen Steine herunter gleiten und eine Sache beschädigen, die Klage gehe gegen ihn: si male lapides composuit — ganz analog dem imperite secare. Wenn man vom praktischen Standpunkte aus hiegegen geltend macht, man bürde mit dieser Anforderung dem Kläger einen ganz unnützen Beweis auf: löse sich ein Stein aus der Schlinge, so sei das mögliche aprioristische Gutachten der Sachverständigen, er sei nicht mit der nöthigen Sorgfalt befestigt gewesen, ja a posteriori schon bestätigt, — so ist dies einfach eine petitio principii. Außerdem übersieht man dabei, daß von diesem Standpunkte aus dem Beklagten jede Möglichkeit abgeschnitten wird, sich gehörig zu vertheidigen. Denn er würde seinerseits darzuthun haben, daß er omnem diligentiam prästiert habe. Im einzelnen Falle, z. B. wenn dem Kutscher die Pferde durchgegangen sind, würde dies den Quellen nach den ganz unerhörten Beweissatz geben: nullum alium firmiorem impetum retinere potuisse, § 8 h. t. Hat man aber

zu wählen, ob man bei einer Beschädigungsklage vom Kläger oder vom Beklagten einen schwierigen Beweis fordern soll, so muß man, glaub ich, sich unbedingt für das erstere entscheiden — schon im Interesse möglichster Einschränkung dieser Klage. Jedesfalls aber ist es auch das juristisch Consequentere. Denn das Princip, wonach der Kläger die culpa des Beklagten nachzuweisen hat, kann zwar durch besondere Umstände modificiert werden, bleibt aber doch als maßgebend bestehen.

In ganz ähnlicher Weise kömmt die culpa zur Geltung, wenn ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien besteht. Klagt hier der Beschädigte mit der Aquilia, so muß er dem Beschädiger eine culpa, d. h. ein fahrlässiges Abweichen von den contractlichen Bestimmungen nachweisen, also z. B. daß er das gemiethete Maulthier über das verabredete Gewicht belastet habe. Wenn der Beschädigte statt dessen die actio locati erhübe, so würde der Beklagte der Verurtheilung auf Rückgewähr der Sache oder Schadensersatz nur dadurch entgehen, daß er seinerseits nachweist, er könne die Sache ohne culpa überhaupt nicht oder nur beschädigt zurückgeben [11]).

XXI.

Das erste Capitel des Aq. Gesetzes bestimmte, daß der getödtete Sklave oder das getödtete Hausthier nach dem höchsten Werthe ersetzt werden solle, den sie im letzten Jahre gehabt hätten; das dritte Capitel, daß für das verwundete Thier oder die beschädigte Sache als Entschädigung geleistet werde, quanti ea res in XXX diebus proximis fuerit. Man übertrug bald auf die Auctorität des Sabinus hin das plurimi

---

[11]) fr. 9 § 1 loc. Vorst, Beweislast 104. Weber, Beweisführung 175 ff.

auch in das dritte Capitel und setzte auch hier als Entschädigung den höchsten Werth der Sache in den letzten 30 Tagen fest, Gai. 3, 218. Das Jahr des ersten Capitels ist ein Sonnenjahr von 365 Tagen, die vom Tage der Verwundung ab zurückgerechnet wurden, falls zwischen Verwundung und Tod eine Zeit verfloß. Vor der Julianischen Kalenderreform wurde wol auch hier, wie in so manchen anderen juristischen Beziehungen, das Jahr als zehnmonatliches zu 304 Tagen berechnet [1]). Das officielle römische Mondsonnenjahr mit seiner wechselnden Länge zur Anwendung zu bringen wäre geradezu widersinnig gewesen. Für den Fall des später erfolgten Todes war der Ausgangspunkt der Zurückrechnung eine Zeitlang streitig. Wenigstens behauptete Celsus, fr. 21 § 1 h. t., es müsse vom Todestage ab zurückgerechnet werden. In der That war ja der Verwundete dann erst wirklich getödtet. Auf Julians Meinung indes wurde diese Berechnung verworfen.

Diese ganze Berechnungsart ist eine eigenthümliche und nicht recht zu erklären. Es ist schon oben auszuführen versucht, daß derselben keine Straftendenz zu Grunde liegt. Eine rechte Analogie für eine derartige Bestimmung gibt es indes freilich nicht. In ähnlicher Weise wird beim interdictum utrubi das letztvergangene Jahr und der längere Besitz während desselben als entscheidend für den Besitzstand angesehen, was jedesfalls auch nicht gerade die „naturgemäßeste“ Art war dies Verhältnis zu regeln. Aber nähere Beziehungen zwischen beiden wüste ich keine aufzufinden: eben so wenig wird man die alte einjährige Ersitzung in Betracht nehmen dürfen. Die Frist von 30 Tagen ist bekanntlich eine freilich nach anderer Richtung im ganzen Alterthume verbreitete und angewandte. Sicherlich lagen beide Fristbestimmungen nahe,

---

[1]) Mommsen, röm. Chronologie S. 47 ff.

wenn man die Absicht hatte, dem Beschädigten einen möglichst hohen Ersatz zu gewähren.

Offenbar ist die Berechnung eine höchst alterthümliche. Wenn sich auch für das erste Capitel der angeordnete Ersatz des Sachwerthes rechtfertigen läßt, so zeugt er doch von einer noch herschenden bemerkenswerthen juristischen Unbehilflichkeit, dieselbe auch auf das dritte Capitel zu übertragen. Die Worte desselben, fr. 27 § 5, sind gar nicht anders zu verstehen als so, daß für die beschädigte Sache deren Werth geleistet werden soll. Da nun die Ungerechtigkeit, die Verwundung mit der Tödtung grundsätzlich gleichzustellen, unmöglich ist, so muß man sich vorstellen, der Beschädigte habe zum Ausgleiche das verwundete Thier, die beschädigte Sache hingegeben. Das ist ein Zustand ähnlich dem, wo es noch keine Compensation gab. Die Interpretation dehnte jedoch diese beschränkte Aestimation bald aus und machte aus dem Werthsersatze einen Interessenanspruch. Daß dies ein Werk der Interpretation war, berichtet § 10 h. t. ausdrücklich.

> illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum perempti corporis aestimationem habendam esse . . . sed eo amplius quidquid praeterea . . . . damni vobis adlatum fuerit.

Und wenn diese Notiz sich auch bei Gaius nicht wiederfindet, so wird sie doch durch die Wortfassung des Gesetzes bestätigt. Allerdings kömmt der Ausdruck: quanti ea res est in doppelter Bedeutung: zur Bezeichnung des reinen Sachwerthes und zur Bezeichnung des Interesses vor. Allein weder ist jene Bedeutung die in früherer, diese die in späterer Zeit gewöhnliche[2]), noch werden sie beide ununterschieden neben einander angewandt[3]). Vielmehr bezog in älterer Zeit da, wo eine

---

[2]) Savigny, System 5, 441 f. Mommsen, Beiträge 2, 48.

[3]) Cohnfeldt, Interesse 66 ff.

Sache in Frage stand, der Ausdruck sich regelmäßig auf den Sachwerth, wo es sich um ein Thun oder Lassen handelte, auf den Werth dieses Verhältnisses, also der Leistung, des Delicts u. s. w. Indes gieng auch in der ersteren Beziehung die Phrase bald in die Bedeutung des Interesses über. Jedoch ist die Grundidee immer noch in der namentlich bei Restitutionen üblichen Wendung: res cum sua causa, res et omnis causa erkennbar. Hier wird das über den Sachwerth hinausgehende Interesse als eine Art Accession der Hauptforderung behandelt[4]). So auch bei der lex Aq. Das beweisen schon die oben ausgehobenen Worte der Institutionen. In der That ist dies die einzige Möglichkeit, die gerechtere Aestimation mit dem Wortlaute des Gesetzes in Einklang zu bringen, in welchem ja res die wirkliche körperliche Sache, nicht die Differenz im Vermögen vor und nach der Beschädigung bezeichnet. Die natürlichste und nächstliegende Ausdehnung war hienach die auf die causae corpori cohaerentes, also z. B. wenn ein Pferd von einem Viergespanne getödtet wird, fr. 22 § 1, so werden damit auch die drei übrigen verhältnismäßig entwerthet, der Rückschlag auf das Vermögen besteht nicht bloß im Verluste des einen Pferdes, sondern auch im Minderwerthe der damit zusammengehörigen; ebenso wenn ein Sklave, der ein Verbrechen begangen, getödtet und damit dem Eigenthümer die Möglichkeit entzogen wird, ihn noxae zu dedieren: für dies Interesse muß der Schuldige ebenfalls aufkommen, fr. 37 § 1 h. t.[5]). Der wichtigste und praktischste Fall ist die Zerstörung von Urkunden: hier kann der Eigenthümer nicht bloß den Papierwerth, sondern die causa cohaerens d. h. das Interesse beanspruchen, was er an dem Nichtverluste der Urkunde (als Rechtsbegründung oder Beweis-

---

[4]) fr. 1 § 24 dep. 16, 3. fr. 35 de V.S. 50, 16. fr. 44 fam. erc. 10, 2. fr. 31 de R. C. 12, 1. fr. 20 de R. V. 6, 1.

[5]) Ein complicierter Fall dieser Art wird in fr. 53 h. t. besprochen.

mittel) hatte. Natürlich aber blieb man hiebei nicht stehen. Man formulierte die Interesseforderung dahin: quanti interfuit occisum non esse servum, fr. 21 § 2. Es wird Alles in Betracht gezogen, was in Folge des beschädigenden Ereignisses dem Kläger entgangen ist, gleichgiltig, ob diese Einbuße mittelbar oder unmittelbar durch dasselbe veranlaßt wurde. Ein Causalzusammenhang zwischen der beschädigenden Handlung und dem Verluste muß natürlich vorhanden sein [6]). Immer bleibt auch hier die Sache Mittelpunkt der Aestimation. Diese tritt jedoch in den Fällen zurück, in welchen die Römer auch den Gewinn mitberechneten, der ohne die Beschädigung möglicherweise hätte gemacht werden können [7]). Das richterliche Ermessen hat hier einen weiten Spielraum: denn es ist unmöglich, den stricten Beweis beizubringen, daß man den Gewinn wirklich gemacht haben würde, sondern höchstens vermag man darzuthun, daß alle Vorbedingungen ihn zu machen vorhanden gewesen seien, also daß entweder der Erwerb nur von einer völlig freien Handlung des Beschädigten abhieng, oder doch daß keine im gewöhnlichen Laufe der Dinge zu berücksichtigenden Umstände im Wege waren. Ebenso sehr wie die Berücksichtigung aller aus dem beschädigenden Ereignisse fließenden Interessen lag es indes andererseits in der Pflicht des Richters, übermäßige Schadensforderungen einzuschränken. Von diesem Standpunkte aus scheint man in der letztangeführten Categorie von Fällen den „regelmäßigen Lauf der Dinge" möglichst strict interpretiert zu haben. Allerdings wollte schon Labeo fr. 23 § 4 h. t. es mit in Betracht ziehen, wenn der Herr mittelst des getödteten Sklaven dessen Mitschuldige bei Unterschleifen in seinem Haushalte hätte entdecken können, obwol doch vielerlei Um-

---

6) Cohnfeldt, Interesse S. 60 ff. 72 ff.
7) vgl. Mommsen, Beiträge 2, 173 ff. Cohnfeldt 100 ff.

stände, auch wenn der Sklave am Leben geblieben wäre, die Entdeckung zu vereiteln geeignet waren. Diese wurden indes nicht beachtet. Denn ein nichtsnutziger Sklave, meinte man, wird auf der Folter seine Mitschuldigen regelmäßig verrathen. Dagegen schließen die Römer, wenn Fischernetze zerstört sind, den entgangenen Fang von der Berechnung des Interesses aus, fr. 29 § 3 extr., lediglich deshalb, weil sie den Fischfang wie das aucupium und die Jagd als eine Art Glücksspiel ansehen [8]). Der gewöhnliche Lauf der Dinge brachte nicht die Beute, sondern es war eben Glücksfall, wenn man überhaupt Beute machte. Daß diese alea Gegenstand eines Kaufvertrages sein konnte und deshalb auch unter Umständen geschätzt werden muste, fr. 12 de C. E. 18, 1, kömmt dabei nicht in Betracht. Rein aus der Ungewisheit wird man diese Ausschließung nicht ableiten dürfen [9]). Ungewis, in sofern als man den Gewinn nicht bestimmt vorhersagen kann, ist jeder von den Ereignissen der Zukunft abhängige Gewinn. Es kömmt eben auf das Mehr oder Minder an. — Einen anderen Anwendungskreis dieses selben Mittels bezeichnen die Fälle, wo der Kläger behauptet, es seien ihm durch die Sachbeschädigung die günstigsten Conjuncturen entgangen. Darauf ließ sich der Richter ebenfalls nur ein, wenn ihm der stricteste Beweis erbracht wurde. Und aus diesem Grundsatze ist auch wol der Ausschluß des Affectionsinteresses von der Aestimation herzuleiten. Wenigstens deutet dies fr. 33 Pauli pr. h. t. sehr bestimmt an.

> Si servum meum occidisti, non affectiones aestimandas esse puto, veluti si filium tuum naturalem quis occiderit quem tu magno emptum velles, sed quanti omnibus valeret. S. quoque Pedius

---

[8]) fr. 8 § 1 de C. E. 18, 1. fr. 11 § 18 de A. E. V. 19, 1.

[9]) Cohnfeldt 112 ff.

ait, pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi. itaque eum, qui filium naturalem possidet, non eo locupletiorem esse, quod eum plurimo, si alius possideret redempturus fuit . . . . in lege enim Aq. damnum consequimur: et amisisse dicemur, quod aut consequi potuimus aut erogare cogimur.

Die letzten Worte wollen nicht etwa den Umfang des Interesses im Allgemeinen principiell feststellen, vielmehr gehen sie — Paulus faßt ja damnum als deminutio — davon aus, daß man mit der Aq. seinen Vermögensverlust wieder einbringe. Man verliere aber auch das, was man hätte erlangen können oder aufwenden muß [10]). Das letztere bezieht sich namentlich auf solche Fälle, wie der gerade auch von Paulus fr. 45 § 1 h. t. berichtete, wo nach Wiederherstellung des verwundeten Sklaven der einzige Verlust in den aufgewandten Curkosten besteht. Das erstere aber, quod consequi potuimus, kann sich nicht auf Alles beziehen, was wir unter ganz besonderen Umständen hätten erlangen können; dann müßte es auch das Affectionsinteresse mit umfassen. Denn dies ist ja der Werth, den gewisse Dinge aus besonderen, außerhalb der gewöhnlichen ökonomischen Gesichtspunkte liegenden Gründen für gewisse Personen haben. Dies ist aber etwas Ungewisses, Unbeweisbares; der einzig sichere Maßstab ist der Durchschnittswerth der Gegenstände. Etwas Anderes sagt auch Pedius nicht [11]). Und das bestätigt fr. 63 pr. ad l. Falc. 35, 2. Von gleichem Standpunkte geht Marcell fr. 41 h. t. aus, wenn er die Klage wegen eines zerstörten Testamentes verweigern will: quem ad modum enim aestimatio inibitur? Man hat zwar neuerdings sehr treffend hervorge-

---

[10]) Es ist hier das Futur dicemus zu beachten, was die röm. Juristen fast gleich dem Conjunctiv gebrauchen.

[11]) A. M. Mommsen, Beiträge 2, 214.

hoben [12]), wie gerade in diesen für unsere formelle Beweis-theorie so schwierigen Fragen sich die freie Stellung des römischen Richters vorzugsweise geltend machte. Allein eine solche willkürliche Aestimation bedurfte andererseits eines Correctives, und dieses gab man ihm in dem festen Maßstabe des Durchschnittswerthes.

Hatte man einmal das quanti ea res est lediglich von der Interesseforderung verstanden, so lag es sehr nahe, von der Sache als Mittelpunkt derselben ganz und gar abzusehen. Schon die directe Klage kennt solche Modificationen der Beurtheilung: wenn ein Socius gegen den anderen, wenn ein dominus wegen der Curkosten des geheilten Sklaven klagt. Der Charakter der Klage als directa wird dadurch in keiner Weise angetastet. Noch mehr muste dies hervortreten in den Fällen der utilis und in factum actio. Der Usufructuar und Pfandgläubiger klagen natürlich nicht den Werth der Sache, sondern ihr Interesse ein, was wesentlich davon verschieden ist, ebenso der Vater, welcher wegen Verwundung seines Sohnes, fr. 7 pr. h. t., oder wegen eigener Verwundung die utilis actio erhebt. Ueberall aber ist das Princip: Ersatz des Schadens. Und in der That ist dies der Natur einer Pönalklage auch allein entsprechend.

Man hat indessen schon dem römischen Rechte die Möglichkeit einer Condemnation auf Wiederherstellung des alten Zustandes zuschreiben wollen [13]). Das wäre namentlich bei Zerstörung von Urkunden von der wesentlichsten Bedeutung. Der einzige Anhalt für diese Annahme ist c. 2 h. t.

> Legis Aq. actione expertus adversus eum, quem domum tuam deposuisse vel incendio concremasse damnoque te afflixisse proponis, ut id damnum

---

[12]) Cohnfeldt 110 ff.

[13]) Sintenis, Civilrecht 2, 761 n. 9 f.

> sarciatur, competentis iudicis auctoritate consequeris: quin etiam si aqua per iniuriam alio derivata est, ut in priorem statum restituatur, eiusdem iudicis cura impetrabis.

Sintenis, der Hauptvertreter dieser Meinung, gesteht selbst zu, daß diese Stelle nicht unbedingt beweisend sei. Denn die Schlußworte könnten, wie schon seitens der Glossatoren geschehen ist, sehr wol auf das interdictum quod vi bezogen werden. Mir scheint das geradezu geboten. Wie gesagt, ist es gegen den Wortlaut des Gesetzes und den ganzen Bau der Aq. Klage, die Condemnation auf Wiederherstellung des alten Zustandes gehen zu lassen. Es ist daher nicht wahrscheinlich, daß wir darüber nirgends sonst eine Andeutung finden sollten, daß dieser neue Fundamentalsatz so beiläufig angenommen sein sollte. Ferner scheint mir sogar der Tenor der Constitution selbst die Beziehung der Schlußworte auf eine andere Klage als die in den Anfangsworten erwähnte zu erheischen. Denn eiusdem iudicis cura ist für die Zeit Gordians ein übermäßig geschraubter Ausdruck anstatt des einfachen: eadem actione. Das Wahrscheinlichste ist, daß der Fragende alles jenes Misgeschick erlitten hat, und nun zu wissen wünscht, wie er zu klagen habe. Der Kaiser antwortet: er könne ruhig cumulieren, und werde so einerseits Ersatz für sein niedergebranntes Haus, andererseits Wiederherstellung der Wasserleitung erlangen. Die Erklärung des Thaleläos [14]) spricht ebenfalls für diese Auffassung der Stelle. Er versteht die Schlußworte von dem Falle, wo in Folge der Ableitung des Wassers des Nachbarn Bäume vertrocknet sind und dessen Vieh verdurstet ist: er sagt, hier sei die ut. Aq. am Platze: *εἰ γὰρ ζημία μὲν οὐκ ἐγένετο* (d. h. die Bäume nicht vertrocknet wären) *ζητῶ δὲ τὸ τοῦ ὕδατος δίκαιον τὴν περὶ*

---

[14]) Sch. 1 Bas. 60. 3. 59 (5, 323).

δουλείας ἐν ᾧ δύναμαι κινῆσαι κατ' αὐτοῦ. In der That ist die a. negatoria die einzige Klage, mit der man eine ohne Einspruch fertig gestellte schädliche Anlage wegschaffen kann. Dies folgt bestimmt aus fr. 17 § 2 si serv. 8, 5. Daß in dem Falle, wo meine Hauswand durch die Anlegung eines Abortes dicht an derselben feucht geworden ist, eine actio in f. Aq. auf Ersatz gegen den Nachbarn begründet war, ergibt sich aus der Analogie der Fälle fr. 27 § 10 h. t. Coll. 12, 7 § 1 auf das Unzweideutigste. Dennoch wird hier als alleinige Klage, um sich die unbequeme Baulichkeit wegzuschaffen, die negatoria bezeichnet. Das scheint mir darzuthun, daß der actio Aq. diese Function nicht zukam. Und wir werden hienach dabei stehen bleiben müssen, daß die Condemnation überall nur auf den Ersatz des Vermögensschadens gerichtet war.

Druckfehler.

S. 8 Z. 3 v. o. für quos lies quae.
S. 11 Z. 15 für anni lies anno.
S. 39 Z. 18 für erstens lies es.
S. 43 Z. 12 hinter praegnas fehlt erat.
S. 75 Z. 9 für ἀντό lies αὐτό.
S. 97 Z. 13 v. u. für directum lies directam.
S. 122 Z. 18 für Ersatz lies Erfolg.
S. 142 Z. 8 für alter lies altera.

Weimar. — Hof-Buchdruckerei.



